

# LOS DERECHOS REALES EN EUROPA

## RIGHTS IN REM IN EUROPE

José Carlos Fernández Salas\*

---

*The study of rights in rem from an internal perspective of our national legal system is not an easy task. For that purpose, a comparative study of the international juridical systems can serve as both a solution and an instrument to bring forward new and innovative knowledge related to those rights.*

*The author perceives that fundamental to notice the importance that the international character of rights in rem has acquired through time. He does, therefore, a comparative study between different rights in rem regimes in countries such as France, Germany and England. These countries are all part of the European Union, with whom Peru has signed a Free Trade Agreement.*

**KEY WORDS:** *Rights in rem; Civil law; International juridical systems; European Union; comparative test.*

*El estudio de los derechos reales desde una perspectiva interna del ordenamiento peruano es una labor complicada. Por ello, un análisis de los distintos sistemas jurídicos internacionales podría tanto facilitar esta labor cuanto aportar conocimientos innovadores sobre el tema.*

*Para el autor, será fundamental notar la importancia que ha ido ganando el carácter internacional de los derechos reales. Por ello, realiza un estudio comparativo entre distintos regímenes de derechos reales en países tales como Francia, Alemania e Inglaterra. Estos pertenecen a la Unión Europea, con la cual el Perú ha suscrito un Tratado de Libre Comercio.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derechos Reales; Derecho Civil; sistemas jurídicos internacionales; Unión Europea; análisis comparativo.*

\* Abogado. Asociado del Estudio Echeopar asociado a Baker & McKenzie International.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 19 de mayo y aceptado por el mismo el 21 de mayo de 2014.

## I. INTRODUCCIÓN

Para entender nuestro Derecho, debemos comparar<sup>1</sup>. Es una frase del profesor Uwe We- sel que bien podría aplicarse a muchos otros aspectos de la vida. Las cosas no son virtuosas o defectuosas en sí mismas, sino en la comparación con otras. Lo cierto es que, por poner un caso, intentar analizar el sistema de derechos reales peruano desde adentro es ciertamente más complicado que cuando se lo compara con el tratamiento de sus instituciones en otros países. ¿Por qué no intentar dar una mirada a Francia, país de donde proviene nuestro sistema de transferencia de propiedad? O a Alemania de donde proviene nuestro sistema de protección registral. O a cualquier otro país, aún cuando con éste no se tenga una institución en común.

Al final del día, termina siendo la misma lógica que cuando, entre las variables para la decisión de compra de un auto, entra el hecho de que se trate de un Subaru japonés o de un Volkswagen alemán. El Derecho es una herramienta que permite regular la convivencia entre las personas y —más allá de las particulares circunstancias locales— la sofisticación de la herramienta jurídica en otras latitudes puede ser similarmente útil a la importación de un vehículo fabricado en un país del primer mundo.

Así, conociendo la utilidad que presta el estudio comparado de las instituciones y lo cada vez más delgados que se vuelven los límites entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes países por la cercanía que proporcionan los medios y vías de comunicación, en este texto vamos a hacer unas breves notas introductorias en relación al tratamiento de los derechos reales en la región del mundo en que se vienen gestando cambios realmente importantes a nivel supranacional, y con la cual tenemos y tendremos cada vez más una relación cercana: La Unión Europea.

Con ese propósito, comenzaremos explicando las razones que nos llevan a considerar que el estudio comparado del Derecho en general y

de los derechos reales, en particular, tiene una utilidad creciente en nuestros días. Seguidamente, realizaremos un breve panorama del aún incipiente tratamiento en el contexto comunitario europeo de materias jurídicas relacionadas con los derechos reales. Finalmente, centraremos nuestra atención en los sistemas jurídicos de los tres países que, de acuerdo a nuestra experiencia y apreciación personal, son los mejores exponentes de los avances que se dan en Europa no sólo en el campo jurídico, sino también en lo político, económico y cultural.

## II. JUSTIFICACIÓN DE LA COMPARACIÓN

El estudio comparado del Derecho forma parte de un conjunto de herramientas que complementan el tradicional estudio dogmático de las normas y de las instituciones jurídicas. Dentro de este conjunto se encuentran también la Historia del Derecho, el Análisis Económico del Derecho y, en general, el análisis interdisciplinario de las instituciones jurídicas. La utilización del análisis comparado de las instituciones y de los otros enfoques se hace relevante cuando el estudio dogmático puede terminar encerrado en sí mismo, por verse sólo como un sistema de reglas coherente internamente, algunas veces dejando de lado el desenvolvimiento de ese sistema en la realidad.

Ahora bien, creemos que la mirada comparada en el Derecho es especialmente relevante cuando otros sistemas jurídicos pueden entrar en relación con el nuestro por diversas circunstancias, las que muchas veces escapan de lo puramente jurídico (cercanía geográfica, colonialismo, simple admiración, etcétera).

Una de estas circunstancias es el intercambio económico que se produce entre las naciones. Si “P”, un peruano, vende algún producto a “M”, un maltés, sus relaciones jurídicas tendrán algún tipo de influencia tanto de los países a los que estos sujetos pertenecen (Perú y Malta) como de las organizaciones a las que esos países pertenecen (Alianza del Pacífico y Unión Europea)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> WESEL, Uwe. “Geschichte des Rechts in Europa” (Traducción Libre). München: C.H. Beck. 2010. p. 689.

<sup>2</sup> Es pertinente precisar que los sistemas de derechos reales forman parte del denominado “Derecho material”; es decir, el Derecho que permite resolver eventuales controversias de manera directa. En contraposición, tenemos el “Derecho conflictual”, que se ocupa, más bien, de decidir qué Derecho material es el que debe utilizarse para resolver una controversia concreta: Si el Derecho material peruano, el Derecho material maltés o el Derecho material de un tercer país. El conjunto de reglas que conforman el Derecho conflictual es el contenido en el Libro X de nuestro Código Civil que se titula “Derecho Internacional Privado”. A él nos referiremos en algunas ocasiones en este texto.

El estudio comparado de las instituciones y las normas que regulan las relaciones jurídicas internacionales están hoy más desarrollados en lo que respecta al tráfico de bienes muebles, justamente por lo cotidiano del comercio de mercancías de todo tipo entre los países. De ahí que, en el campo jurídico, el Derecho de las obligaciones y de los contratos particulares tenga mejor desarrollada su perspectiva internacional (con instrumentos como, por ejemplo, la Convención sobre Contratos para la Venta Internacional de Mercancías de las Naciones Unidas, instrumento ratificado por Perú y otros 79 países). Ello a diferencia del ámbito de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, en el cual el enfoque internacional ha llegado a un paso más lento.

Sin embargo, hoy en día, el estudio de la faceta internacional de los derechos reales inmobiliarios también ha ganado terreno. Aunque en un comienzo el interés era uno más bien académico —de comparación a nivel teórico, o centrado solamente en el Derecho Internacional Privado—, en las últimas décadas y en diversos ámbitos de la economía, los agentes han tenido que empezar a preocuparse por las perspectivas internacionales de los derechos de propiedad inmobiliaria.

En el ámbito de los mercados financieros, —los bancos e inversionistas y los consejeros y demás actores relacionados con ellos— el Derecho se ha visto en la necesidad de ocuparse de los derechos reales sobre inmuebles, entre otros aspectos, por la existencia de fondos de inversión inmobiliarios e instrumentos financieros transados en el mercado de valores que se basan en derechos inmobiliarios. Ello en adición a la importante función que cumplen los activos inmuebles como garantía de la emisión de obligaciones y/o de préstamos en el mercado financiero internacional.

La circulación que tienen estos productos entre los mercados internacionales ha mostrado la relevancia de efectuar estudios comparados de los derechos que recaen sobre inmuebles<sup>3</sup>.

Basta observar los impactos negativos que tiene el mal uso de derechos inmobiliarios en situaciones como la que dio lugar a la grave crisis financiera y económica del año 2008<sup>4</sup>.

Aunado a ello, debe considerarse que, más allá de las particularidades que cada sistema jurídico puede tener, los países occidentales, incluyendo a aquellos que pertenecen a la familia jurídica del Common Law, tienen una matriz común claramente identificable que los diferencia de sistemas que responden a principios a veces radicalmente distintos, como es el caso de los sistemas jurídicos propios de los países islámicos<sup>5</sup>.

Esto es muestra de lo plausible que pueden ser los intentos de intercambio y armonización en el campo jurídico entre los países occidentales, a pesar de las superficiales diferencias que uno pueda encontrar<sup>6</sup>.

### III. LOS DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

En el contexto descrito, vamos a pasar a explicar algunas notas introductorias en relación al tratamiento de los derechos reales en uno de los sistemas con los que, como dijimos, nuestro país tiene una cada vez más estrecha relación: Hablamos de la Unión Europea.

Perú tiene un Tratado de Libre Comercio [en adelante, TLC] con esta región. El acuerdo comercial entre la Unión Europea, por un lado, y Perú y Colombia, por el otro, se suscribió el 26 de junio de 2012, en Bruselas. Del mismo modo, al momento de redacción de esta nota, se encuentra en proceso de aprobación en los órganos de la Unión Europea la exoneración de visas para la entrada de peruanos al espacio Schengen.

No hay que ser mago ni economista para predecir que el ya importante intercambio comercial —y, esperemos también, cultural— que existe entre nuestro país y la Unión Europea irá en aumento gracias a estos instrumentos internacionales y a ciertas circunstancias particula-

<sup>3</sup> BAUR, Fritz. "Sachenrecht" (Traducción Libre). Décimo octava edición. München: C.H. Beck. 2009. p. 911.

<sup>4</sup> BURNEO, Kurt. "Crisis externa: ¿no nos pasará nada?". En: Brújula 18. 2009. p. 30.

<sup>5</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. "El Legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho Comparado y el Nacimiento de una Ciencia Jurídica Europea". En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). "Derecho de obligaciones: Estudios". Traducción de Antoni Vaquer Aloy. Lima: Ediciones Legales. 2012. p. 295.

<sup>6</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. p. 912.

res, como la situación económica peruana en relación a la situación económica mundial. No son pocos los que están estos días buscando invertir en inmuebles en España a la espera de la recuperación de precios en ese país.

Ahora bien, una pregunta interesante en este contexto es la de cuán internacional es el tratamiento de los derechos reales en la Unión Europea; un espacio política y jurídicamente integrado como no hay otro en el mundo y, desde el lado económico, caracterizado por ser un mercado único y con moneda única (en la mayor parte de los países)<sup>7</sup>.

#### A. Retos de la Armonización del Derecho Privado en Europa

La respuesta a dicha pregunta sería que la internacionalización de los derechos reales como parte del Derecho europeo ha seguido, como en el resto del mundo occidental, un camino lento. De manera general, se dice al respecto que “la unificación del Derecho privado, en el sentido de la creación de un Código europeo, se encuentra todavía sometida a un largo camino por recorrer”<sup>8</sup>. Hasta hace no muchos años el abordaje jurídico de las instituciones había sido orientado a la ciencia jurídica tradicional e invariable, enfocada principalmente en los Derechos nacionales antes que en la relación entre los ordenamientos jurídicos de la región<sup>9</sup>.

Sin embargo, mirando hacia nuestros días, señala Reinhard Zimmermann que “[l]a formación gradual de un Derecho privado europeo constituye uno de los progresos jurídicos de mayor calado en la actualidad”<sup>10</sup>. Es desde hace algunos años que se ha consolidado la idea de que, para ocuparse de las nuevas relaciones y problemática europea, “[...] se necesita ensanchar el horizonte con un frente más amplio y unos fundamentos sólidos, y que el surgimiento de una nueva cultura jurídica europea orgánica sólo puede provenir del con-

curso del Derecho europeo en sentido estricto con la moderna dogmática jurídica, el Derecho comparado y la historia del Derecho”<sup>11</sup>.

Desde los primeros avances en la integración europea, los países miembros han vivido una dialéctica interna entre los beneficios que otorga la formación de una comunidad de naciones y la renuncia a parcelas de soberanía a la que se han visto obligados. La transferencia de competencias que se ha venido haciendo a la Unión ha significado, para cada uno de los países miembros, aspectos en los que ya no pueden decidir de manera autónoma y soberana.

Al lado de ello, se ha resaltado “[...] la dificultad que enfrentan los actores jurídicos de los países de Europa incluso para hacer suya la legislación comunitaria, y a la consecuente preferencia por las soluciones nacionales, no sólo por razones de identidad histórica o costumbre, sino, muchas veces, por verdadera e informada convicción de la superioridad del Derecho patrio sobre los modelos ‘europeos’, o de los valores que inspiran aquellas normativas”<sup>12</sup>.

Una dificultad adicional es el tema de que la diversidad cultural y social de los países de Europa trae consigo obstáculos particulares, como la confluencia de, al menos, veintitrés idiomas entre los países que forman la Unión Europea y las reticencias que todavía existen para aceptar el idioma inglés como *lingua franca* del debate jurídico.

Por ello, por ejemplo, en el contexto del European Law Institute, una institución que justamente tiene entre sus finalidades el introducir el estudio y análisis de la interrelación y eventual unificación de instituciones jurídicas europeas, se propone que “deberá adoptar la lengua que sea más fácilmente accesible a todos sus miembros en tanto que habitual en los negocios, lengua que es el inglés, y que ya ha sido adoptada en ciencias naturales medicina, psicología, economía y otras ciencias sociales,

<sup>7</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana. “Unificación del Derecho contractual europeo: ¿Un instrumento facultativo?”. En: *Ius Inter Gentes* 2. 2005. p. 21.

<sup>8</sup> BIANCA, Massimo. “Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho privado europeo” Traducción de Renzo Saavedra Velazco. En: *Ius et Veritas* 38. 2009. p. 20.

<sup>9</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “Rasgos Fundamentales de un Derecho Contractual Europeo”. En: ZIMMERMANN, Reinhard. “Derecho de obligaciones: Estudios”. *Op. cit.* p. 49.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 50.

<sup>12</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. “De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina”. En: *Ius et Veritas* 42. 2001. p. 31.

de modo que quien quiere ser citado internacionalmente sabe que debe publicar en inglés. Cada vez más esto sucede con el Derecho. Hasta en Bruselas ya no predominan los dos idiomas tradicionales (el buen francés y el mal francés), pues cada vez más documentos se redactan en inglés y más reuniones se desarrollan en inglés<sup>13</sup>. Se agrega, sin embargo, que “[...] mientras existan ordenamientos jurídicos nacionales, la literatura y el discurso que se ocupen de ellos será, mayoritariamente, en la correspondiente lengua nacional. Pero tendremos que acostumbrarnos a, por lo menos, un régimen de bilingüismo”<sup>14</sup>.

### B. Iniciativas de Integración del Derecho Privado en Europa

Más allá de dificultades como las descritas, hoy en día se viene estudiando y trabajando en la implementación de la integración jurídica del Derecho privado europeo desde distintos ámbitos. “Han aparecido dos revistas jurídicas, que tienen como cometido fomentar el desarrollo de un Derecho privado europeo; manuales que afrontan el estudio de una determinada área del Derecho desde una perspectiva europea y califican las normas del Derecho alemán, francés o inglés como variantes de un mismo tronco común; cada vez más facultades de Derecho en Europa se esfuerzan para dotarse de un “europeo perfil” específico, establecen estancias de estudio integradas con otras Universidades o crean cátedras de Derecho privado europeo o de historia del Derecho europeo; y, aún más, se debate una formación para juristas europeos, incluso una *European Law School*”<sup>15</sup>.

Asimismo, en los temas donde se debate más la integración –que son los relacionados al Derecho contractual y de las obligaciones– se han formado distintos movimientos y programas enfocados en la unificación o armonización del Derecho, entre ellos, según lo reseña Leysser León:

- a) Los “Principles of International Commercial Contracts”, del Instituto UNIDROIT;
- b) Los “Principles of European Contract Law de la Comisión on European Contract Law”;
- c) El “Code Européen des Contrats” de la Academia de Iusprivatistas Europeos;
- d) Los “Principles of the Existing EC Contract Law” del Research Group on the Existing EC Private Law;
- e) El “Draft Common Frame of Reference” de los “Principles, Definition and Model Rules of European Private Law”.

Como se sabe, el que más difusión ha tenido es el trabajo de UNIDROIT<sup>16</sup>.

### C. Codificación del Derecho privado en Europa

Por lo demás, una de las ideas que deambulan alrededor de los debates académicos es justamente la posibilidad de que se implemente un código o modelo de código de Derecho privado europeo, a pesar de que durante largo tiempo se había tenido mayoritariamente una opinión contraria a tal planteamiento<sup>17</sup>. Entre diferentes consideraciones que se vierten al debate, se apela al hecho de que “[...] ya ha existido una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común orientada a las mismas fuentes como norte. Este ‘viejo’ Derecho privado recibe la denominación de *ius commune* romano-canónico, y tiene su base en la recepción del Derecho romano en la Europa medieval”<sup>18</sup>.

Lo particular es que en la contraposición de opiniones a favor y en contra de propuestas codificadoras se reproduce, o al menos, se rememora, el debate que de manera muy semejante se dio entre Savigny y Thibaut so-

<sup>13</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “Retos del Instituto de Derecho Europeo”. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. p. 110.

<sup>14</sup> Ibídem.

<sup>15</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. Rasgos Fundamentales de un Derecho Contractual Europeo. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. pp. 50-51.

<sup>16</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. Óp. cit. pp. 34-35.

<sup>17</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. Rasgos Fundamentales de un Derecho Contractual Europeo. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. p. 55.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “El Legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho Comparado y el Nacimiento de una Ciencia Jurídica Europea”. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. p. 310.

bre la pertinencia o no de la codificación del Derecho privado en el siglo XIX en Alemania, lo que a la postre derivaría en la elaboración del Código Civil alemán en la última parte de dicho siglo.

Por ello, Reihard Zimmermann recurre al símil con el íter que transcurrieron los dos códigos más importantes de Europa. Señala que fueron las obras de Domat y Pothier el allanamiento del camino para la promulgación del Código Civil francés de 1804, y la obra de Savigny y de Windscheid la preparación para el Código Civil alemán de 1900. Por ello, en la Unión Europea, “[t]ambién hoy constituye un presupuesto esencial para el nacimiento de un Derecho privado europeo la ‘organización progresiva de una ciencia del Derecho’ que supere fronteras territoriales y de disciplinas y que revitalice una tradición común”<sup>19</sup>.

#### D. Actual Legislación Comunitaria

De manera concreta, en el campo del Derecho privado, hoy en día solamente ciertos temas tienen un tratamiento a nivel europeo. Un ejemplo de ello es el ámbito de la protección al consumidor, sobre la cual, a la fecha, la Unión ya ha emitido un conjunto de directivas que constituyen legislación comunitaria y que se encuentran orientadas “hacia la uniformización de los criterios legislativos en los países miembros frente a problemas comunes”<sup>20</sup>.

“El Derecho de obligaciones se ha visto afectado a través de las directivas sobre protección de los consumidores y usuarios en materias como los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles, las cláusulas abusivas en materia de contratos celebrados con consumidores, los créditos al consumo y la responsabilidad por productos”<sup>21</sup>. Estas materias han tenido que ser incorporadas a la legislación interna de los países, bien en sus respectivos códigos civiles o bien en leyes específicas.

Sobre estas directivas, señala Massimo Bianca que “[l]as iniciativas comunitarias dirigidas a la tutela del consumidor han dado un fuerte impulso a un movimiento de renovación en materia contractual ya existente en algunos Estados europeos”<sup>22</sup>.

Al lado de ello, viendo las directivas en otras materias jurídicas, se señala que en “los últimos años se ha producido un nada despreciable proceso de unificación jurídica en campos tan distintos como el Derecho de Competencia, el Derecho *antitrust*, la propiedad intelectual, el Derecho de Trabajo y el Derecho Societario”<sup>23</sup>. “Sin embargo, a pesar de éstas y otras iniciativas, la situación actual por lo que se refiere a la unificación jurídica en Europa dista de ser satisfactoria, puesto que se trata tan solo de jirones de un Derecho más o menos uniforme, insertados inorgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional”<sup>24</sup>.

Todo lo dicho, visto desde el punto de vista de una región como la latinoamericana, en la cual, tímidamente, se van dando algunos pasos hacia la integración, permite considerar la experiencia europea como un “inmejorable tubo de ensayo” del cual se pueden extraer muy interesantes lecciones<sup>25</sup>.

#### E. Tratamiento de los Derechos Reales

En lo que nos concierne, los derechos reales no son un asunto en el que la Unión Europea haya todavía asumido competencia. En este aspecto, en el Derecho comunitario se sigue el principio de subsidiariedad, según el cual la Unión Europea no asume competencias en la medida que los Estados miembros puedan regular de manera suficientemente eficaz una materia. Por el momento, se entiende que el tratamiento de las principales instituciones de los derechos reales se hace de manera suficientemente eficiente en cada

<sup>19</sup> Ibid. p. 317.

<sup>20</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. Óp. cit. p. 36.

<sup>21</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “El Legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho Comparado y el Nacimiento de una Ciencia Jurídica Europea”. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. p. 282.

<sup>22</sup> BIANCA, Massimo. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>23</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. “El Legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho Comparado y el Nacimiento de una Ciencia Jurídica Europea”. En: ZIMMERMANN, Reinhard (Editor). “Derecho de obligaciones: Estudios”. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. Óp. cit. p. 32.

país en particular, por lo que no se hace necesaria una centralización del sistema de derechos reales a través de la Unión Europea.

No obstante, hay que señalar que las reglas del Derecho Internacional Privado ya son comunes en Europa y que, además, hay quien encuentra algún nivel de competencia en materia inmobiliaria para propósitos de garantías del crédito y creación de institutos jurídicos como, por ejemplo, una posible “eurohipoteca”<sup>26</sup>. Para el estudio de esta clase de temas existen en marcha ciertos grupos de trabajo privados o auspiciados por la Unión o por los países miembros para el estudio de la armonización del Derecho privado europeo.

Por lo demás, antes de entrar a las particularidades del tratamiento de los derechos reales en algunos países, debemos señalar que el Derecho privado europeo ha seguido —en los últimos dos siglos— algunas tendencias identificables, fruto de los vaivenes políticos de su historia. Mientras que en la época de las grandes codificaciones, es decir, en el siglo XIX, se consolidaron en el Derecho Civil ciertos derechos básicos, como la libertad de contratar y el derecho de propiedad, en el siglo XX la tendencia fue la de recoger cada vez en mayor medida instituciones de carácter más social (sin que por ello se pueda decir que estemos ante un cambio brusco de modelo).

Entre estas instituciones se tiene, de manera general en el espectro europeo, las regulaciones y restricciones al arrendamiento en protección del arrendatario, la protección frente a las condiciones generales de contratación, la responsabilidad del productor por los daños causados por productos defectuosos<sup>27</sup>, entre otros varios ejemplos. En particular, es de mencionar la relativización del carácter absoluto del derecho de propiedad, aspecto que incluso proviene más de un desarrollo constitucional que de un desarrollo civil.

En suma, es por todas estas consideraciones que, al día de hoy, para tener un mejor entendimiento del tratamiento de los derechos reales, es también de gran importancia revisar

la materia en el sistema de cada país en particular. Para ello, completaremos este texto con unas breves notas acerca de los sistemas de derechos reales de los países que contemporáneamente son los que lideran Europa no sólo en lo jurídico, sino también en lo político y económico: (i) Francia; (ii) Inglaterra; y, (iii) Alemania.

#### IV. LOS DERECHOS REALES EN FRANCIA

El sistema francés es uno que forma parte del círculo romano o latino<sup>28</sup>. Lo que se puede considerar su fundamento se encuentra contenido en el Código Civil de 1804 —que, como se sabe, fue elaborado bajo el seguimiento personal de Napoleón Bonaparte— y que plasmó las libertades y la igualdad entre los franceses, recogiendo los principios de los eventos políticos de los años en que fue concebido y elaborado. De ahí que, en el ámbito del Derecho Civil patrimonial, fueran ejes básicos tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratar.

Si bien el Code Civil o “Code Napoléon”, como también se le conoce, es aún hoy parte del fundamento del Derecho privado en Francia, también se puede decir que ha sido objeto de diversas modificaciones en su historia, al punto de compararse con un viejo edificio del que perdura nada más que su hermosa fachada<sup>29</sup>. En ello se enmarca, a manera de ejemplo, la introducción de algunas protecciones sociales en instituciones como el contrato de arrendamiento empujadas a finales de los años ochenta gracias a las mayorías de izquierda con que gobernó François Mitterrand<sup>30</sup>, contrato de arrendamiento que tiene, hasta cierto punto, tratamiento en la legislación comercial francesa.

Valga apuntar también la existencia de normas periféricas en materia urbanística en Francia en el Code de l’urbanisme y en el Code de la Construction et de l’Habitation.

En el Code Civil, el derecho de propiedad se considera, en principio, un derecho absoluto (artículo 544 del Code Civil), existiendo algunas

<sup>26</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. VI §64.

<sup>27</sup> WESEL, Uwe. Óp. cit. pp. 610-611.

<sup>28</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. p. 913.

<sup>29</sup> WESEL, Uwe. Óp. cit. p. 612.

<sup>30</sup> Ibid. p. 613.

formas de copropiedad al lado de la propiedad típica<sup>31</sup>. Existen también los derechos reales limitados entre los que se cuentan: (i) El derecho de superficie (*bail à construction*)<sup>32</sup>; (ii) las servidumbres (*servitudes*); (iii) el usufructo (*usufruit*); (iv) el derecho de uso y habitación (*droit de l'usage et de l'habitation*); y (v) la hipoteca (*hypothèque*)<sup>33, 34</sup>. Alrededor de los derechos reales nombrados rige también el sistema de *numerus clausus*, no pudiendo pactarse la creación de nuevos derechos reales.

Se separa el tratamiento de los bienes muebles e inmuebles, aunque se conservan principios comunes entre ellos, como el de la publicidad y de la tipicidad<sup>35</sup>. En este punto, se considera también al edificio como una parte integrante del predio –artículos 524; 525; 534 y siguientes del Code Civil–, el mismo que se encuentra compuesto por el suelo, subsuelo y sobresuelo.

Es particular en Francia el sistema de transferencia de inmuebles según el cual basta un contrato unitario para la transferencia y gravamen de los bienes<sup>36</sup>. Rige, por tanto, el principio consensualista, por el cual el contrato, sin ningún acto real adicional como la entrega o la inscripción, transfiere o constituye derechos: La *obligation de donner* es, a la vez, la propia transferencia o constitución (artículos 1138 y 1583 del Code Civil).

Sí depende de la inscripción en el registro la eficacia frente a terceros (*opposabilité*), con lo cual se mantiene la existencia del principio de

publicidad en este sistema (*publicité foncière*)<sup>37</sup>. Ello, no obstante, determina la existencia de una obligación no jurídica, pero fáctica, de realizar la inscripción de los derechos, ganando con ello gran importancia, o hasta una suerte de monopolio en Francia, la función de los notarios (a pesar de que la compraventa de predios no necesita forma notarial sino sólo forma escrita y para razones de prueba según los artículos 1341 y siguientes del Code Civil) y del registro público (Bureau de la Conservation des Hypothèques<sup>38</sup> o, más coloquialmente, el “Conservation des Hypothèques”)<sup>39</sup>.

El peligro del principio consensualista para el tráfico jurídico se aminora en Francia a través de instituciones como el precontrato (*avant-contrat*), la promesa unilateral y bilateral de venta (*promesse unilatérale et synallagmatique de vente*)<sup>40</sup>, pudiendo mediar también en la práctica una denominada “*lettre d'intention*” que abre un espacio en el que el eventual comprador tiene la posibilidad de hacer el estudio de títulos del inmueble previo a la adquisición definitiva. También contrapesa el principio consensualista la usucapión de inmuebles<sup>41</sup>.

En cuanto a protección del registro, se ampara la denominada “publicidad negativa” en el sentido de que el adquirente puede confiar en el silencio del registro respecto de derechos que no se encuentran inscritos en él. Pero no alcanza a la posibilidad de adquirir de un no propietario que tiene su derecho inscrito, lo que vendría a ser la denominada **publicidad positiva**<sup>42</sup>.

<sup>31</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>32</sup> Nos ceñimos en la traducción de este término a la hecha por Fritz Baur y a la que hemos podido encontrar en nuestra investigación. No obstante, dejamos constancia de la amable indicación de José Luis Gabriel Rivera, quien nos refirió que el término francés correcto sería el de “*droit de superficie*”.

<sup>33</sup> Se ha introducido también en este sistema como una forma de garantía inmobiliaria la *fiducie* (artículos 2011 y siguientes del Code Civil). BAUR, Fritz. Óp. cit. p. 914.

<sup>34</sup> Ibid. p. 913.

<sup>35</sup> Ibidem. Al respecto, el citado autor señala que sí sería aplicable en los derechos reales inmobiliarios el principio de tipicidad. Sin embargo, dejamos constancia que, en opinión de José Luis Gabriel Rivera, solamente en el caso de muebles sería de aplicación dicho principio por *détermination de la loi* en el artículo 527 del Code Civil.

<sup>36</sup> Ibid. p. 914.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Aunque debemos acotar que, según la amable corrección que nos hizo José Luis Gabriel Rivera, la entidad competente en esta materia en reemplazo del Bureau de la Conservation des Hypothèques sería desde el 1 de enero de 2013 el Service de la Publicité Foncière.

<sup>39</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>40</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. p. 915.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibid. p. 914.

## V. LOS DERECHOS REALES EN INGLATERRA

En contraposición al sistema francés —en el que podemos encontrar muchos rasgos en común con nuestro sistema— el sistema de derechos reales inglés tiene algunas particularidades propias de un sistema del Common Law. Para comenzar, el Derecho privado se encuentra desarrollado principalmente en base a un *Case Law* compuesto de fallos judiciales que desarrollan las instituciones jurídicas y sirven de fundamento al sistema en su conjunto<sup>43</sup>.

Los principios del Common Law inglés se complementan, no obstante, con algunas normas estatutarias que colectivamente se denominan las “Leyes de la Propiedad” (“*property acts*”)<sup>44</sup>. Asimismo, existe también un conjunto de normas en cuanto a urbanismo y planificación, entre las que destaca la Ley de Planificación Urbana y Rural de 1971 (“*Town and Country Planning Act*”)<sup>45</sup>.

Las tendencias de la jurisprudencia y de las leyes dictadas por los gobiernos dan al sistema de Derecho privado inglés un matiz más liberal, en que, por ejemplo, contra lo sucedido en Francia, las protecciones al arrendatario fueron eliminadas durante el mandato de la conservadora Margaret Thatcher<sup>46</sup>.

En cuanto a la delimitación del predio, se asume un concepto relativamente amplio, “[...] ya que incluye todos los bienes inmuebles y derechos reales susceptibles de ser heredados, es decir, lo que se conoce en el Derecho inglés como *hereditaments* (del latín *heres*, ‘heredero’), que comprende tanto bienes **tangibles** como derechos **intangibles**”<sup>47</sup>.

Por otro lado, desde un punto de vista de los principios, existe la particularidad de que en

este sistema se suele entender que las posiciones jurídicas relacionadas con la propiedad derivan de la propiedad de la corona, al tratarse aún hoy de una monarquía parlamentaria. Siendo así, el derecho de propiedad no tiene el mismo carácter de absoluto como lo tiene en el sistema francés<sup>48</sup>.

No existe tampoco la misma severidad en la tipicidad de los derechos reales, pues existen variadas figuras que pueden considerarse derechos sobre bienes. Aunque el sistema está en la tendencia de limitar este aspecto, como se aprecia en herramientas legislativas que van desde el Law of Property Act de 1925 y el Land Charges Act de 1972, hasta el Land Registration Act de 2002<sup>49</sup>, que actualizó lo contenido en el Land Registration Act de 1925<sup>50</sup>.

Entre las propias figuras jurídicas, hay que decir que la más equivalente al derecho real de propiedad continental vendría a ser el *freehold estate*, mientras que la figura del *leasehold estate* vendría a ser un tipo de titularidad limitada y temporal, con un rango de intensidad que iría, en nuestro sistema, desde lo que es un arrendamiento hasta las facultades amplias que otorga un derecho de superficie<sup>51</sup>.

Asimismo, al lado del *freehold estate*, que se asemeja a la propiedad ordinaria, existen figuras de copropiedad como el *joint tenancy*, en que los derechos de los copropietarios acrecen a la muerte de alguno de ellos, y la *tenancy*, que asemeja más a la copropiedad por alícuotas de nuestro sistema<sup>52</sup>. Valga nombrar un tipo de propiedad horizontal de viviendas regulada en el Commonhold and Leasehold Reform Act de 2002<sup>53</sup>. Ha ganado, además, particular importancia el *trust* inmobiliario (*trust of land*) regulado en el Trust of Land and Appointment of Trustee Act de 1996<sup>54</sup>.

<sup>43</sup> WESEL, Uwe. Óp. cit. p. 614.

<sup>44</sup> PHILIP, James. “Introducción al Derecho Inglés”. Bogotá: Temis. 1996. p. 344.

<sup>45</sup> Ibid. p. 386.

<sup>46</sup> WESEL, Uwe. Óp. cit. p. 615.

<sup>47</sup> PHILIP, James. Óp. cit. p. 344.

<sup>48</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. p. 922.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> WESEL, Uwe. Óp. cit. p. 614.

<sup>51</sup> BAUR, Fritz. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>52</sup> Ibid. p. 923.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibid. p. 922.



Ahora bien, el BGB fue, desde su origen, un cuerpo normativo con una tendencia claramente liberal, cuyo pensamiento imperante llegó, inclusive, a ser tildado por el gobierno nacionalsocialista como “liberalismo judío”, tratando de reemplazar este cuerpo de normas por un Código Popular (Volkesgesetzbuch), proyecto que finalmente no prosperó. No obstante, protecciones sociales como el caso de las protecciones al arrendamiento también tuvieron un vaivén de introducciones y derogaciones durante los distintos gobiernos de Alemania en la segunda mitad del siglo XX.

El libro de derechos reales del BGB (el Sachenrecht), a pesar de los años que han pasado desde su entrada en vigencia, es uno de los que menos modificaciones ha sufrido. Esto en comparación con el libro de Derecho de las obligaciones (Recht der Schuldverhältnisse), que tuvo una importante reforma en el año 2002, en que se introdujeron al BGB instituciones desarrolladas jurisprudencialmente por el Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof-BGH) e instituciones contenidas en directivas de la Unión Europea. Con mayor razón, los libros de familia (Familienrecht) y sucesiones (Erbrecht) fueron objeto de mayores modificaciones, como es entendible por la evolución de las costumbres y concepciones de la sociedad respecto de la familia y los aspectos no patrimoniales.

En cuanto a la configuración de un predio (*Grundstück*), se puede afirmar que éste incluye tanto al suelo, como al subsuelo y al sobresuelo, así como a las construcciones por ser partes integrantes esenciales. Es interesante mencionar que, a diferencia de un sistema como el nuestro, la división entre los bienes se hace entre los predios (*Grundstücke*) y los bienes muebles (*bewegliche Sache*), siendo, por tanto, el predio el inmueble por antonomasia. Cuando en la Ley del Derecho de Superficie (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG) se le da tratamiento de “predio” a ese derecho, lo que se hace es asimilarlo al concepto de predio, para que sean también aplicables sus reglas al derecho de superficie.

Este sistema también es uno en el que impera el principio de *numerus clausus*, es decir, de la tipicidad de los derechos reales (*Typenzwang*),

aunque en él se puede encontrar una mayor versatilidad en las garantías y gravámenes que se pueden constituir sobre un predio y que no tienen un equivalente en nuestro sistema (por ejemplo, *Reallast*, *Rentenschuld*, *Grundschuld*, etcétera). Por poner un ejemplo, al lado de la bien conocida por nosotros hipoteca, la deuda inmobiliaria (o *Grundschuld*) constituye un “[...] **gravamen no accesorio** de una finca con una **cantidad en metálico** a obtener de la misma. Si bien por regla general sirve para garantizar un crédito, no es necesario que así sea”<sup>62</sup>, pues permite afectar un inmueble en un monto, sin la necesidad de que este derecho real siga la suerte de una obligación, como sucede con la hipoteca que se caracteriza por ser **accesoria** al crédito.

Al lado del derecho de propiedad, se tienen también figuras de naturaleza real que son también inscribibles en registros: (i) Servidumbres (*Grunddienstbarkeiten*); (ii) derechos de precompra o de tanteo (*dingliche Vorkaufsrechte*); (iii) usufructos (*Nießbrauchsrechte*); (iv) reservas de prioridad (*Vormerkungen*); y (v) derechos de superficie (*Erbbaurechte*).

Existen ciertos principios aplicables a todo el sistema de derechos reales, como el principio de separación, el principio de abstracción, el carácter absoluto, el principio de tipicidad, el principio de publicidad y el principio de especificidad. Sin embargo, el sistema alemán; recoge también la diferenciación clara entre el estatuto aplicable a los bienes muebles y a los bienes inmuebles, estableciendo, entre otros aspectos, un diferente sistema de transferencia de propiedad.

Así, los bienes muebles se transfieren a través de tres actos separables: (i) Un negocio causal que tiene efectos obligatorios (*Verpflichtungsgeschäft*); (ii) un negocio de disposición que tiene efectos reales (*Verfügungsgeschäft*); acompañado de (iii) un acto real consistente en la entrega del bien (*Übergabe*).

Por otra parte, los bienes inmuebles se transfieren también a través de tres actos separables: (i) Un negocio causal que tiene efectos obligatorios (*Verpflichtungsgeschäft*); (ii) un negocio de disposición que tiene efectos reales (*Verfügungsgeschäft*); acompañado de (iii)

<sup>62</sup> WOLFF, Martin. “Tratado de Derecho Civil”. Tercer Tomo: “Derecho de Cosas”. Traducción de José Puig Brutau. Tercera edición. Barcelona: Bosch. 1971. p. 374.

un acto real consistente en la inscripción en los registros públicos (*Eintragung*). De ahí que en el caso de los inmuebles nos encontremos ante un sistema en el que el registro es constitutivo para la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas reales.

Este sistema de separación en la transferencia tiene la finalidad de proteger la seguridad en las adquisiciones, puesto que el negocio de disposición es un acto autónomo (*Auflassung*) respecto del negocio obligacional. Esto en consonancia con la tendencia liberal del propio cuerpo de normas. Un contrato de compraventa (*Kaufvertrag*) tiene el efecto de obligar a alguien a transferir. Pero una vez que

esta persona transfiere, ese acto de transferencia no depende de la validez o eficacia del contrato de compraventa. Es un contrato autónomo/abstracto.

Aunado a ello, el registro otorga protecciones adicionales en razón de la conservación de su confiabilidad. Una de ellas es la de la fe pública del registro (*Öffentlicher Glaube des Grundbuchs*) que protege la adquisición de buena fe de derechos en la confianza de la exactitud del registro. El sistema ampara la publicidad en el sentido negativo y también en el sentido positivo y se asemeja a la fe pública registral de nuestro sistema, aunque con un cariz más amplio.