



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

### **GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Privado  
Área de Derecho Civil  
Curso 2021/2022**

# **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES**

**Nombre del/la estudiante: Paula María Alonso Sevillano  
e-mail del/a estudiante: paulaalonsosevillano@usal.es**

**Tutor/a: Dr<sup>a</sup> D<sup>a</sup> María José Calvo San José**

**Julio de 2022**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**  
**Departamento de Derecho Privado**  
**Área de Derecho Civil**

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD  
EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS  
REALES**

**THE PRINCIPLE OF PARTY  
AUTONOMY IN THE SCOPE OF  
RIGHTS IN PROPERTY**

**Nombre del/la estudiante: Paula María Alonso Sevillano**  
**e-mail del/a estudiante: paulaalonsosevillano@usal.es**

**Tutor/a: Dr<sup>a</sup> D<sup>a</sup> María José Calvo San José**

**Julio de 2022**

## RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto analizar el papel que juega la autonomía de la voluntad en el ámbito de los Derechos Reales.

Teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad atribuye un poder a las personas de regular con eficacia jurídica la esfera de sus intereses y relaciones, en la forma que estime conveniente; la doctrina se ha planteado si cabe la posibilidad de que el principio de la autonomía de la voluntad presida además de las relaciones obligacionales, los vínculos jurídicos reales.

Partiendo de la base de que la autonomía de la voluntad no se reduce en nuestro ordenamiento jurídico al plano obligacional, sino que se puede extender al sector jurídico real, precisamos cuales son las limitaciones que operan en el mismo, acudiendo a los criterios doctrinales y jurisprudenciales para intentar determinar los contornos de los límites del juego de la autonomía de la voluntad, es decir, la ley, la moral y orden público. De forma que, sólo sería posible crear derechos reales atípicos cuando adquirieran la configuración propia de un derecho real.

Dada la importante trascendencia práctica de esta cuestión, ha sido necesario abordar las principales posiciones de la doctrina y de la Dirección General en esta materia, que se condensan en una visión eminentemente dualista.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Real, *numerus clausus*, *numerus apertus*, Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario.

## ABSTRACT

This final degree project has as objective to analyze the role that the will autonomy plays in the rights in property ambit.

Considering that the will autonomy attributes the power of regulating with juridic efficiency their sphere of interests and relations, in the form that is considered convenient; the doctrine has been thought as if the possibility of the principle of the will autonomy leads apart from the obligatory relations, the real legal links.

Parting from the base that the will autonomy can not be reduced in our juridic order to the mandatory ambit, but that it can be extended to the real legal ambit, concreting which are the limits of it, according to the doctrinal criteria and case law to attempt to determine the shape of the limits of the game if the will autonomy, i.e. the law, the moral and the public order. So that, it would only be possible to create atypical rights in property when these acquire the settings from a right in property.

Given the important transcendence practice of this question, it has been necessary to approach the main positions of the doctrine and of the Dirección General in this topic, which condense a eminently dualistic vision.

**KEYWORDS:** Rights in property, *numerus clausus*, *numerus apertus*, Mortgage Law, Mortgage Regulation.

## ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>5</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>2. EL DERECHO REAL COMO CONCEPTO.....</b>	<b>8</b>
2.1 <i>El origen y la evolución del Derecho real.....</i>	<i>8</i>
2.2 <i>Régimen jurídico aplicable.....</i>	<i>9</i>
2.3 <i>Caracteres y concepto del Derecho real.....</i>	<i>9</i>
2.4 <i>Clases de Derechos reales.....</i>	<i>10</i>
<b>3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES.....</b>	<b>12</b>
3.1 <i>Concepto de la autonomía de la voluntad y sus límites.....</i>	<i>12</i>
<b>4. SISTEMA DE NUMERUS APERTUS Y DE NUMERUS CLAUSUS.....</b>	<b>16</b>
4.1 <i>Introducción al sistema de numerus clausus y numerus apertus.....</i>	<i>16</i>
4.2 <i>Comentario al artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.....</i>	<i>21</i>
4.3 <i>Creación de nuevos derechos reales por voluntad de los particulares. ....</i>	<i>23</i>
4.4 <i>Examen detallado de resoluciones de la DGRN.....</i>	<i>25</i>
<b>5. CRÍTICA DOCTRINAL DE LAS DIFERENTES POSTURAS ADOPTADAS.....</b>	<b>28</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>36</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>
<b>9. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.....</b>	<b>40</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil.
LH	Ley Hipotecaria.
RH	Reglamento Hipotecario.
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este Trabajo de Fin de Grado analizamos la proyección del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los Derechos reales. Concretamente, se busca dar una respuesta a los interrogantes que se plantean acerca de la capacidad de los particulares para crear nuevos derechos reales atípicos, que nacen para adaptarse a las nuevas necesidades de los individuos, respondiendo así a los cambios sociales, económicos y jurídicos. Para ello, han sido necesario abordar los principales preceptos que se pronuncian al respecto, así como la posición dualista de la doctrina y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública.

De este modo, surge el debate en torno al sistema de *numerus clausus* y de *numerus apertus*, esto es, si los derechos reales son únicamente aquellos que establece el legislador (*clausus*) o si, por el contrario, se pueden crear nuevas figuras por los particulares (*apertus*), siempre dentro de ciertos límites y normas.

Este debate, en la práctica, se ve respaldado por la necesidad de los particulares de crear nuevas figuras que les permitan regular, de una manera más cómoda, sus relaciones jurídicas, las cuales han ido evolucionando a lo largo de la historia.

Por lo que a la metodología se refiere, el trabajo comienza con una aproximación al concepto de Derecho real, así pues, para llegar a él se estudia previamente su origen, características y se hace una clasificación de aquellos derechos reales ya existentes.

Una vez definido el concepto, analizamos el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, recogido en el artículo 1255 del Código Civil, en relación con los derechos reales. Se pone de relieve la importancia que cobra éste en las relaciones contractuales, al ser el principio que confiere a las partes la libertad de celebrar nuevos contratos en atención a sus intereses, si bien, esta libertad no es ilimitada, sino que se encuentra sometida a diferentes límites como son la ley, la moral y el orden público.

Llegados a este punto, abordamos el debate existente entre el sistema de *numerus clausus* y de *numerus apertus*, explicando las diferencias existentes entre ellos y las ventajas que entraña cada sistema. Seguidamente explicamos por qué el sistema de

*numerus clausus* es el que rige en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo como fundamento el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, así como los juicios de valor emitidos tanto por la doctrina, como por las resoluciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública.

## 2. EL DERECHO REAL COMO CONCEPTO

### 2.1 El origen y evolución del derecho real

El concepto de Derecho real deriva de la expresión latina *ius in re*<sup>1</sup>; situación en la que se encuentra el titular de un derecho. Más concretamente, el sistema jurídico romano denominaba los derechos reales como "*iura in rem*"<sup>2</sup>; facultades de los bienes cuyos titulares tenían la potestad para ejercer. El Derecho real, por ello, tiene su origen en el Derecho romano, desde el que deberemos partir para poder llegar a dar un concepto de aquel y donde se consideraban sinónimos los términos "derecho de cosas" o "derechos reales".

A lo largo del tiempo han existido diferentes teorías que versan sobre la esencia de los derechos reales.

La teoría clásica es la primera de ellas, configurándose como aquella en la que se basa la doctrina española en la actualidad. Gira en torno a la concepción de que una cosa o bien está subyugado a la potestad que una persona tiene sobre ella y que además es oponible *erga omnes*. Se trata por lo tanto de una relación entre el titular del bien y el bien que no cuenta con intermediario de por medio, es una relación directa, se le otorga un poder al titular que puede ser amplio o limitado<sup>3</sup>.

La teoría personalista u obligacionista infiere una crítica a la teoría clásica, al considerar que, las relaciones jurídicas se dan únicamente entre personas. Es por esto por lo que describe los derechos reales conforme al deber general de la colectividad de respetarlos y no perturbarlos. Esta teoría personalista, señala que importa la relación entre las personas, por tanto, vale decir que los derechos reales generan relaciones interpersonales entre el titular de un derecho y el resto de las personas que deben soportar las facultades que sobre dicho objeto tiene el primero. Mientras que, la teoría clásica precisa que importa la relación entre el titular del derecho y el objeto

Por su parte, la teoría negacionista estima que, la distinción de los derechos reales habrá de realizarse en dos líneas: derechos reales absolutos, como la propiedad, y

---

<sup>1</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil Derechos Reales 4ª edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 7.

<sup>2</sup> LASARTE, C., *Propiedad y Derechos Reales de Goce Principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 21.

<sup>3</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, A., *Estudio orgánico global de los derechos reales*, Revista DIKE, 2019, p.5.

derechos reales relativos, entre los que incluye los obligacionales pese a realizar una clara distinción entre éstos y los reales. Los derechos absolutos primarán en todo momento sobre los relativos que serán considerados secundarios.

Las teorías actuales, como hemos mencionado anteriormente, se centran en la teoría clásica, tratando de matizar la distinción entre el aspecto externo e interno del derecho real, que estudiaremos más adelante.

## **2.2 Régimen jurídico aplicable**

El Régimen Jurídico aplicable relativo a la materia que nos concierne será el Código Civil en sus libros segundo, tercero y cuarto. Además, habremos de contemplar la Ley y el Reglamentario Hipotecario y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## **2.3 Caracteres y concepto del derecho real**

Los caracteres de los derechos reales se concentran en dos fundamentales. El primero de ellos, la inherencia, es decir, el poder directo que se tiene sobre el bien o la cosa. El segundo es la oponibilidad *erga omnes*, es decir, es un derecho oponible frente a todos y por lo tanto se puede exigir frente a todo el mundo, es un derecho absoluto y no relativo. En atención a los caracteres, los derechos reales tendrán un elemento externo y otro interno, el externo hará referencia a la oponibilidad *erga omnes* común a todos los derechos reales, y el interno se basará en la inherencia, siendo esta particular de cada derecho real.

Por lo tanto, de acuerdo con lo mencionado anteriormente, afirmamos que el derecho real se define como un derecho subjetivo de carácter patrimonial que califica la relación entre una persona y una cosa o bien que se tiene como suya.

ROCA SASTRE lo define como “*derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa imponiendo a todos un deber de respeto y abstención*”<sup>4</sup>.

A continuación, hemos de observar la distinción existente y notoria, muy discutida por la doctrina, entre derecho real y derecho de crédito.

---

<sup>4</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979.

Atendiendo a los dictados del artículo 1088 del CC, “*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, el derecho de crédito residirá en una obligación de dar, hacer o no hacer, es decir, es un derecho fundado en una obligación personal basada en el poder de exigencia. El derecho real, por su parte, es un derecho sobre la cosa que no se basa en la exigencia, es un poder “sobre” y no “a”<sup>5</sup>.

Más allá, el derecho real es un derecho con eficacia y oponibilidad *erga omnes*, el derecho de crédito únicamente actúa respecto a una persona o personas determinadas, es un derecho, por tanto, no absoluto sino relativo, con excepción de aquellos con posible inscripción en el Registro de la Propiedad que gozan de eficacia *erga omnes*<sup>6</sup>.

De igual forma, es importante, también, hacer referencia al modo de adquisición de ambos, el derecho de crédito es adquirido mediante un contrato, como puede ser la compraventa; mientras que, la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción (art. 609 CC).

Por último, es preciso señalar cuan interrelacionados están los derechos reales y los derechos de crédito pese a las diferencias señaladas. Son derechos que en muchas ocasiones juegan una acción conjunta y no se limitan a ser categorías estanco.

## **2.4 Clases de derechos reales**

Una vez realizada la distinción entre derecho real y derecho de crédito, estudiaremos las diferentes clases de Derecho reales existentes hoy en día, y adoptaran un papel muy importante en el desarrollo de este Trabajo de Fin de Grado, cuya finalidad es determinar la posibilidad de que los particulares creen nuevos derechos reales.

Para dar principio a esta cuestión distinguiremos entre el derecho real de propiedad, el cual atribuye a su titular el máximo poder sobre la cosa o el bien, es el derecho real por antonomasia; y los derechos reales limitados, fraccionados o en cosa ajena, frente a los

---

<sup>5</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, *Derecho Civil...* op. cit., p.8

<sup>6</sup> IBIDEM, p.8

cuales, el titular tiene un poder limitado o fraccionado pues la propiedad pertenece a otra persona, no obstante, se tiene un derecho sobre ella o alguna de sus utilidades<sup>7</sup>.

Los derechos reales limitados o fraccionados se clasifican de la siguiente manera:

- a) **Derechos reales de goce:** los derechos reales de goce son aquellos que atribuyen a su titular el disfrute de un bien ajeno, de manera total o parcial. Por ello, su extinción supondrá la liberación de la propiedad al quedar libre de esa carga. Entre los derechos reales de goce cabe destacar el usufructo, la servidumbre, el uso y la habitación. Pueden tener origen legal o voluntario, en caso de ser legal es la ley la que lo determina.
- b) **Derechos reales de garantía:** son aquellos que se constituyen a favor de un tercero como garantía del cumplimiento de la obligación, siendo el tercero el titular del derecho real. Pueden tener por objeto bienes muebles, inmuebles o los frutos producidos por los bienes inmuebles<sup>8</sup>. Pueden ser de origen legal o voluntario.
- c) **Derechos reales de adquisición preferente:** estos suponen una afianzada discusión entre la doctrina pues parte de ésta no los considera verdaderos derechos reales, por consiguiente, es un derecho real discutido. El derecho real de adquisición preferente supone una preferencia para el titular de éste en la adquisición de un bien respecto a un tercero, cuando el propietario del bien ha decidido enajenarlo, o ya lo ha enajenado. En el primer caso hablaremos de derecho de tanteo y en el segundo de retracto. Una de las notas características de estos derechos es su oponibilidad *erga omnes*. El motivo de discusión sobre su verdadero carácter real o no, gira en torno a esta oponibilidad *erga omnes*. Parte de la doctrina considera que debido a ella el derecho real de adquisición preferente tiene auténtico carácter real, mientras que otro sector considera que no tiene carácter real, ya que, carece del principio de inherencia y por ello no se tiene un poder directo sobre el bien.

---

<sup>7</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, *Derecho Civil...* op. cit., p.13.

<sup>8</sup> IBIDEM, p.13

### 3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES.

#### 3.1 Concepto de la autonomía de la voluntad y sus límites.

El principio de la autonomía de la voluntad se recoge en el artículo 1255 del Código Civil; *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”*

La autonomía de la voluntad es entonces aquello que nos permite ser libres en nuestras relaciones contractuales. Somos libres para elegir si celebrar un contrato o no, con quien celebrarlo y el modo de celebración de este. Oliver Soro Russell estatuye que los contratos no se concebirían como tal hoy en día de no ser por la autonomía de la voluntad, de acuerdo con él, los contratos en nuestro Derecho se contemplan como una institución jurídica particular, cuyo contenido podrá establecerse por íntegramente por la voluntad de las partes contratantes<sup>9</sup>.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes es por ello un principio básico en las relaciones contractuales, es aquel que permite a los particulares estatuir de manera libre sus intereses y de este modo llegar a fundar las relaciones contractuales que así estimen convenientes. Si bien es cierto, que todo esto deberá atenerse siempre a Derecho respetando las normas establecidas por el Ordenamiento Jurídico que nos envuelve, es decir, no podrá, por lo tanto, ser contrario a la Ley, la moral y el orden público.

Así pues, entendemos que, al no poder ser contraria a los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra sujeta a ciertos límites. A la hora de examinar estos límites considero conveniente partir del Código Napoleónico, en concreto, de su artículo 6; *“no cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres”*.<sup>10</sup>

A modo de aclaración, los autores de la época napoleónica sostuvieron que para que las buenas costumbres se instituyesen como barreras de la autonomía de la voluntad, debían formar parte de las leyes o consagrarse como tales, de modo contrario, sería la

---

<sup>9</sup> SORO RUSSELL, O. *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Colección Jurídica General, Monografías, capítulo primero, p.12

<sup>10</sup> ESPÍN CANOVAS, D, *Los límites a la autonomía de la voluntad del derecho privado*, Universidad de Murcia, epígrafe 2, p.11.

moral la que rigiese la esfera del Derecho y sus relaciones, incluso por encima de las leyes.

Por tanto, será únicamente limitante la buena costumbre que se derive de las leyes y de aquellas conductas que ésta última asocia como inmorales o poco éticas. Las buenas costumbres que quedan protegidas por la ley estarán acotando la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual.

La tendencia actual respecto a las buenas costumbres es un poco cambiante, ya que, de acuerdo con *Demogue y Josseran*, aquella no queda marcada o impuesta por los principios éticos o morales que priman en la sociedad, sino por los hechos que disciernen en el día a día<sup>11</sup>. Las buenas costumbres quedan consolidadas, así pues, por los actos que transcurren en el día a día en un determinado territorio, un país, y que son aceptadas por los particulares que las llevan a cabo.

Existen diversas teorías sobre la preferencia que tiene la moral sobre las buenas costumbres, teorías antiguas que con el paso del tiempo se han consagrado en la actualidad. En primer lugar, como hemos visto, las buenas costumbres vendrán construidas a partir del régimen consuetudinario que prime en un país y adopten sus conciudadanos, siendo así cambiante con el paso del tiempo. En segundo lugar, las buenas costumbres solo podrán ser aquellas que emanen de la ley y se contengan en ella de manera directa o indirecta. Y, por último, en tercer lugar, existe aquella teoría que mantiene que el contenido de las buenas costumbres es puramente moralista siendo la moral que lo crea de origen religioso.

En cuanto al orden público, siguiendo el camino de la doctrina francesa, tiene como nota característica la posibilidad de imposición en todos los ámbitos, incluso fuera de los textos legales<sup>12</sup>.

Del mismo modo, el orden público es cambiante según las convicciones que concurren en diferentes momentos históricos y que así afecten al Derecho<sup>13</sup>. Es cambiante en función del contexto social y político en el que nos encontremos, no solo respecto a su contenido sino a su influencia en las diferentes instituciones existentes y marco normativo en que se desarrollan las mismas.

---

<sup>11</sup> ESPÍN CANOVAS, D., *Los límites...op.*, cit., p.18.

<sup>12</sup> IBIDEM, p12.

<sup>13</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, pp.93.

El orden público tiene un campo de eficacia muy amplio, afecta a numerosos grupos de materias, desde el ámbito estatal hasta el orden socioeconómico. Todos los ámbitos de la vida se ven invadidos por él: ámbito social, político, económico e incluso moral. Al igual que los ámbitos de la vida, el orden público embebe todas las ramas del derecho, sin él no se podrían llegar a obtener la mayoría de las conclusiones que se recaban hoy en día.

Respecto a la Ley<sup>14</sup> como límite a la autonomía de la voluntad, habremos de situarnos en torno a las normas imperativas, siendo estas las que causan la nulidad de un contrato si se lleva a cabo su inobservancia. Es decir, a la hora de establecer nuestras relaciones contractuales habremos de atenernos siempre a lo que delimitan ciertas normas obligativas o prohibitivas, suponiendo éstas un límite a nuestro querer hacer. Así, el artículo 10.1 del Código Civil establece lo siguiente respecto a la materia que nos compete; *La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.*

Por todo ello, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las partes libertad para pactar cualquier acto jurídico de carácter patrimonial, respetando los límites a los que alude el artículo 1255 CC.

La autonomía de la voluntad atribuye un poder a cada persona para regular con eficacia jurídica la esfera de sus intereses y relaciones, en la forma que estime más conveniente. Teniendo en cuenta lo dicho, la doctrina se ha planteado si cabe la posibilidad de que los particulares regulen sus relaciones e intereses jurídicos respecto de las cosas sobre las cuales ostentan un derecho, es decir, que el principio de la autonomía de la voluntad presida además de las relaciones jurídico obligacionales, las jurídico reales<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CANDIDO, RODRIGO BERCOVITZ, LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, y PABLO SALVADOR CODERCH. *Comentario al Código Civil*. Primera Edición. Madrid, Editorial Aranzadi, 2015.

<sup>15</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Colex, Madrid, 2008, p. 421

Partiendo de la base de que la autonomía de la voluntad no se reduce en nuestro ordenamiento jurídico al plano obligacional, sino que se puede extender al sector jurídico-real, han de precisarse las limitaciones que operarían en este sector.

Es evidente que los límites a la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual están perfectamente delimitados en el Código Civil, si bien, al no existir un precepto correlativo al 1255 CC en el plano jurídico real hemos de acudir a los criterios doctrinales y jurisprudenciales para intentar determinar los contornos de los límites de la autonomía de la voluntad. En este sentido, por lo que a la ley se refiere, se entiende que las relaciones jurídico reales no podrán conculcar una norma de carácter legal imperativa, pudiendo las partes superar las normas legales de naturaleza dispositiva. De esta forma, la autonomía de la voluntad “tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas imperativas del estatuto jurídico de los bienes”<sup>16</sup>. En este contexto se ha pronunciado la DGSJFP respecto de las limitaciones que imponen las normas de carácter legal a la creación de derechos reales atípicos, determinando que *“la doctrina condensada en la frase numerus apertus no autoriza la constitución de cualquier la relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles...”*<sup>17</sup>. Asimismo, la Dirección General ha reconocido que *“si los contratantes no quieren someterse a una figura de derecho real típica, no existe obstáculo para que se aparten de ella, siempre que no contravengan una prohibición legal”*<sup>18</sup>.

De estos pronunciamientos se desprende que existe un claro límite a la autonomía privada en el ámbito de los derechos reales, ya que los particulares no pueden transgredir las normas legales con el fin de satisfacer sus intereses proyectados desde una perspectiva individual. Por tanto, las normas imperativas supondrán una limitación del sistema de *numerus apertus*.

---

<sup>16</sup> Resolución de la DGSJFP de 10 de mayo de 2010, RJ 2010/2748.

<sup>17</sup> Resolución de la DGSJFP de 11 de abril de 1930. LA LEY 11/1930.

<sup>18</sup> Resolución de la DGSJFP de 2 de noviembre de 2009. LA LEY 217895/2009.

Por lo que se refiere a la moral como límite, decir que, se relaciona de forma directa con los principios generales del derecho<sup>19</sup>, y ha de tener un grado de objetividad que permita su aplicación desde una perspectiva jurídica.

Finalmente, en relación al tercero de los límites, el orden público señalar que la DGSJFP ha utilizado en diversos pronunciamientos el concepto de orden público económico, como un claro límite a la autonomía de la voluntad de los particulares en la creación de figuras atípicas de carácter real<sup>20</sup>.

A modo de resumen manifestar que, a pesar del apoyo que ofrece el art. 1255 CC y la posible aplicación de sus límites en sede de derechos reales, no existe una norma positiva correlativa respecto de relaciones jurídico reales. No obstante, recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico opera la autonomía de la voluntad en lo que se refiere a la constitución de nuevos derechos reales<sup>21</sup>.

Partiendo de la base de que la autonomía de la voluntad no se reduce en nuestro ordenamiento jurídico al plano obligacional, sino que se puede extender al sector jurídico-real, han de precisarse las limitaciones que operarían en este sector.

#### **4. LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* Y DE *NUMERUS APERTUS*.**

##### **4.1 Introducción al sistema de *numerus clausus* y de *numerus apertus*.**

Una vez estudiado el principio de la autonomía de la voluntad y sus límites, nos adentramos en el análisis de los sistemas de *numerus clausus* y de *numerus apertus* de los derechos reales, que han dado lugar a posiciones doctrinales enfrentadas sobre la posibilidad o imposibilidad de creación de nuevos derechos reales. El conflicto gira en

---

<sup>19</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R., “Comentario al artículo 1255”, en *Comentarios al Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R, Aranzadi, 2009, p. 1479.

<sup>20</sup> RDGRN de 4 de enero de 1927, LA LEY 1/ 1927; RDGRN de 23 de octubre de 1987, LA LEY 4230/1987.

<sup>21</sup> DÍEZ-PICAZO, LUIS. «Autonomía privada y derechos reales.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, pp. 282.

torno a la admisibilidad de la creación de nuevas figuras de derecho privado que no se prevén en la ley.

Estas expresiones latinas “*numerus apertus* y *numerus clausus*” por ende, aluden al límite o extensión del principio de la autonomía de la voluntad, anteriormente explicado, en la creación de nuevos derechos reales.

**La doctrina del *numerus clausus*** defiende la existencia de una lista tasada de derechos reales que no prevé la creación de nuevos por los particulares. Es decir, los derechos reales son creados por el legislador. Por su parte, **la doctrina del *numerus apertus*** defiende la posibilidad de creación de nuevos derechos reales por los particulares mediante el principio de autonomía de la voluntad.

Los partidarios de la teoría de *numerus clausus*<sup>22</sup> manifiestan que en nuestro Ordenamiento rige un sistema de *numerus clausus* suavizado por la posibilidad de variar el contenido de cada derecho real.

Mientras que los defensores de la teoría de *numerus apertus*<sup>23</sup> consideran que caben cualesquiera otros derechos reales concretos que los particulares quieran establecer. Esta afirmación se sustenta en que: 1.) No hay norma que excluya la creación de nuevos derechos reales; 2.) por contrato se pueden modelar figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley; 3.) el artículo 2.2, de la Ley Hipotecaria se refiere a «otros (derechos) cualesquiera reales» y esto es reiterado en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario<sup>24</sup>.

DÍEZ-PICAZO concluye que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que, por consiguiente, rige el principio de *numerus apertus*, lo que es algo que no se puede dudar; el problema se plantea en saber bajo qué límites y en qué condiciones la autonomía de la voluntad puede eficazmente desplegarse<sup>25</sup>.

En consecuencia, con todo lo anterior y dando por bueno el principio de *numerus apertus*, podríamos diferenciar los derechos reales entre aquellos que se encuentran

---

<sup>22</sup> Entre los partidarios de este sistema destacan: HERNANDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 46 y 47; LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen 1. Derechos Reales. Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>23</sup> Defensores de la teoría de *numerus apertus* son, entre otros, DÍEZ-PICAZO, LUIS. «Autonomía privada y derechos reales.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1976, pp. 273-305; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III, Derecho de Bienes*, Marcial Pons, 2016. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Barcelona, 2015 y ROCA-SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979.

<sup>24</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III, Derecho de Bienes*, Marcial Pons, 2016.

<sup>25</sup> DÍEZ PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en el *Libro homenaje a Ramón M<sup>a</sup>. Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, p. 321.

recogidos en nuestras leyes y que podríamos calificar como derechos reales típicos y aquellos otros que nacen como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad y que los calificaremos como derechos reales atípicos.

De cualquier modo, ambos sistemas presentan sus ventajas, siguiendo a MORENO QUESADA, podemos establecer las siguientes:

Las del sistema de *numerus clausus* son: *facilita la labor calificadora del registrador, es cierto que tal sistema tiene las ventajas de una más clara definición de la categoría de hacer más fluida la aplicación de los efectos frente a adquirentes y terceros, al tener esa mayor posibilidad del conocimiento de su existencia, base de la ordenación registral y de sus contundentes efectos.*

*La ventaja del sistema de numerus apertus es que además de respetar en una parcela más el principio de la autonomía de la voluntad, tan caro a los planteamientos liberales modernos, haciendo que las instituciones funcionen para las personas y no que estas hayan de plegarse a la ordenación de aquellas, sin ninguna posibilidad de armonización, sobre todo en una contundente regulación legal como la de nuestro Derecho positivo<sup>26</sup>.*

Llegados a este punto, considero conveniente establecer qué derechos reales se encuadran dentro de los denominados derechos reales típicos.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece que:

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

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

En consecuencia, forman parte de la lista de derechos reales típicos, los siguientes:

**La propiedad**, que aparece recogido en el artículo 348 del Código Civil, y definida como el derecho de gozar y disponer de una cosa, o de un animal sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

---

<sup>26</sup> MORENO QUESADA, B., *Curso de derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*. Tirant lo Blanch, 2016, p.40.

**El usufructo**, recogido en el artículo 467 del Código Civil y puede definirse como el derecho de gozar y disfrutar de cosa ajena con la obligación de conservar su sustancia.

**El uso**, regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, se trata de un derecho similar al usufructo, aunque más limitado.

**La habitación**, que al igual que el uso aparece regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, y se trata de un derecho similar al usufructo, aunque más limitado.

**La posesión**, se regula en los artículos 430 y siguientes del Código Civil y es definida como la tenencia de una cosa o animal, o el disfrute de un derecho por una persona, denominada posesión natural; mientras que, la posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa, animal o derecho como suyos.

**La enfiteusis**, que aparece recogida en el artículo 1605 del Código Civil como una clase de censo, y lo define de la siguiente forma: “es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”.

**La hipoteca**, regulada tanto en el artículo 1876 y ss. del Código Civil como en la Ley Hipotecaria y el Reglamento que la desarrolla. En el Código Civil se establece que “la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”.

**Los censos**. Se recogen en el artículo 1604 y siguientes del Código Civil. Establece que se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes.

**Las servidumbres**. Aparecen reguladas en los artículos 530 y siguientes del Código Civil y, se definen como un gravamen impuesto sobre un inmueble a favor de otro, perteneciente a distinto dueño. Esta definición es completada por la Resolución de la DGRN de 11 de abril de 1930 que establece: “la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido.

Estos son los derechos reales recogidos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Además de los anteriores tienen la consideración de derecho real los siguientes:

**El Derecho de superficie.** Este derecho aparece regulado en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Es el derecho a edificar en suelo ajeno, adquiriendo temporalmente la propiedad sobre lo edificado.

**Los Derechos de Sobreelevación y subedificación.** Estos derechos no aparecen en el Código Civil, pero se encuentran recogidos en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Son los derechos que en caso de enajenación de todo o parte de la finca, se reserva el propietario en caso de sobreedificar o de edificar bajo lo construido, haciendo suyas las construcciones resultantes.

**La prenda.** Se regula en los artículos 1863 y siguientes del Código Civil. Es un derecho real sobre bienes muebles con la peculiaridad de que estos bienes han de ponerse a disposición del acreedor o de un tercero de común acuerdo.

**La anticresis.** Aparece regulada en el artículo 1881 del Código Civil. Establece que el acreedor recoge los frutos de un bien inmueble para aplicarlos a pagar los intereses si se debieren, y con lo sobrante el capital de su crédito.

**Tanteo Legal.** Regulado en los artículos 1636 y 1656 del Código Civil, así como en la legislación especial, Ley de Arrendamientos Rústicos y Ley de Arrendamientos Urbanos, y es el derecho de adquirir una cosa en las mismas condiciones en las que su titular pretende venderla a un tercero.

**Retracto Legal.** Se recoge en el artículo 1521 del Código Civil y es el derecho a subrogarse en las mismas condiciones establecidas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.

#### **4.2 Comentario al artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y al artículo 7 del Reglamento Hipotecario.**

Tanto el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria (de aquí en adelante LH) como el artículo 7 del Reglamento Hipotecario (de aquí en adelante RH), suponen la base y fundamento de la doctrina de *numerus apertus*, y, por tanto, en torno a ellos girarán todas las posiciones a favor de la creación de derechos reales atípicos.

##### **Artículo 2 LH:**

*“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:*

*Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.*

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

**Artículo 7 RH:**

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

Dentro del artículo 2 LH se hace referencia a los derechos reales típicos, es decir, aquellos cuya inscripción en el Registro de la Propiedad queda delimitada, y, además, se hace referencia a "otros cualesquiera", entendiéndose así la posibilidad de inscribir todos los derechos reales inmobiliarios sin excepción alguna. Esto nos lleva a manifestar que, en nuestro sistema jurídico rige el sistema de *numerus apertus*, a fin de no obstaculizar la admisión de nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas sobrevenidas puedan exigir<sup>27</sup>.

Por ende, el artículo 2.2 LH impone de manera oficial el sistema de *numerus apertus* en nuestro sistema jurídico.

Del mismo modo, el artículo 2 LH es fuente de críticas ya que, en primer lugar, su ambigua redacción deja fuera a numerosas figuras típicas inscribibles *per se* en el Registro de la propiedad. Así pues, ROCA SASTRE<sup>28</sup> estima que, en lugar de adoptar un sistema de normas amplias comprensibles de todo lo registrable en nuestro Registro de la propiedad, se produce dicho artículo de tal manera que si bien da la impresión de completo no comprende toda la materia que puede tener acceso registral.

En segundo lugar, además de lo insuficiente que resulta el texto en sí, los conceptos empleados en éste siguen la misma dinámica. En lo referente a "títulos", es una

---

<sup>27</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>. y ROCASASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario, fundamentos de la publicidad registral*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 259.

<sup>28</sup> IBIDEM, p.267.

noción con varios significados y que, por ello, puede ser entendida de diversas formas en función del sentido desde el que se enfoque. Por lo tanto, habría resultado más útil utilizar otra denominación más concreta y que hiciese efectiva referencia a los actos y negocios jurídicos que suponen los derechos reales. Algo similar ocurre con los "censos", pues estos no son derechos reales sino cargas reales, lo cual, vislumbra la mala utilización de este término en la redacción del artículo.

El artículo 7 del Reglamento se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 2 LH. Establece asimismo un listado taxativo de derechos reales inscribibles, añadiendo de nuevo "cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza", y "como cualquier acto o contrato de trascendencia". Quiere, así pues, al igual que el artículo 2 LH, dar cabida a todos los derechos reales conocidos y a aquellos que puedan estar por conocer. De acuerdo con la ya mencionada doctrina de ROCA SASTRE, pretende agotar todos los supuestos de los actos o negocios jurídicos y resoluciones judiciales o administrativas de trascendencia real inmobiliaria<sup>29</sup>.

En suma, ambos artículos sientan las bases de la doctrina de *numerus apertus*, quedando instaurada de este modo de manera oficial en nuestro sistema jurídico. Serán numerosas las resoluciones, a las que posteriormente me remitiré, de la Dirección General del Registro y Notariado (en adelante DGRN), hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) que se funden en estos artículos. No obstante, de cara al estudio, siendo este el ámbito que nos concierne, no hemos de perder de vista las críticas a los mismos y las insuficiencias que éstos entrañan.

### **4.3 Creación de nuevos derechos reales.**

Nuestro sistema jurídico en lo que se refiere a la creación de nuevos derechos reales se ha decantado por el sistema de *numerus apertus*.

Ahora bien, como es lógico, esto no implica que cualquier derecho creado por los particulares, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, pueda ser catalogado como derecho real.

Hemos de remitirnos a las Resoluciones de la DGRN para extraer de ellas los límites a la creación de nuevos derechos reales y las circunstancias que han de producirse

---

<sup>29</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario...*, op., cit., p. 281.

para la creación de los mismos. Es decir, la DGRN ha establecido a través de sus resoluciones límites a la creación de derechos reales, y asimismo ha puesto de manifiesto las circunstancias que han de concurrir para la creación de los mismos.

Así, la RDGRN de 11 de abril de 1930 estableció que el sistema de *numerus apertus* no permite la creación de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real. Es decir, que, aunque en esta resolución se admitió el sistema de *numerus apertus*, estableció que no toda relación jurídica pudiera tener ni el carácter ni los efectos de los derechos reales.

La RDGRN de 4 de marzo de 1993 pone de manifiesto que pese a ser nuestro sistema el de *numerus apertus*, y en consecuencia se permita la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstos por el legislador, esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y al cumplimiento de normas imperativas, dado el carácter *erga omnes* de estos derechos. Más adelante afirma que estos límites tienen especial significación en el supuesto de la resolución sobre la multipropiedad, dado que, al crearse nuevas unidades susceptibles de ser objeto de derechos reales, esto solo será posible si cumplen con los requisitos de determinación jurídica y viabilidad económica.

Por su parte, la RDGRN de 4 de mayo de 2009 establece las circunstancias que han de concurrir, además de la voluntad de las partes, para que un derecho sea real. Estas circunstancias son:

- a) *Que el nuevo derecho tenga las características de derecho real*
- b) *Que, si se trata de una nueva figura, se regulen completamente sus consecuencias o bien se remita a otra.*

La RDGRN de 12 de mayo de 2010 estableció que, si bien existe libertad para la creación de nuevos derechos reales o para la alteración del contenido de derechos reales preexistentes, esta libertad tiene límites y ha de respetar las normas imperativas, de tal modo que la autonomía de la voluntad debe moderarse y cumplir algunas exigencias como son:

- a) *la existencia de una razón justificativa suficiente,*
- b) *la determinación precisa de los contornos del derecho real,*
- c) *la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.*

La RDGRN de 18 de febrero de 2016, además de pronunciarse en idénticos términos que la anterior en lo referente a los límites a la creación de nuevos derechos reales, pone de manifiesto las circunstancias, además de la voluntad, que han de concurrir para que el derecho sea real, remitiéndose para ello a la RDGRN de 4 de mayo de 2009.

Como resumen de todo lo anterior, podemos manifestar que, para la creación de nuevos derechos reales, se han de cumplir tres requisitos y que éstos han de ser complementados con tres pronunciamientos doctrinales.

Los requisitos son:

- a) existencia de una razón justificativa suficiente,
- b) la determinación precisa de los contornos del derecho real,
- c) y, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico.

Los pronunciamientos doctrinales son:

- a) La fijación de un plazo determinado, sin posibilidad de constituir gravámenes perpetuos.
- b) La voluntad clara de constituir un derecho real con efectos *erga omnes*.
- c) el cumplimiento de las demás exigencias sustantivas de constitución de derechos reales <sup>30</sup>.

#### **4.4 Examen detallado de resoluciones de la DGRN**

##### **RDGRN 18 de julio de 2005**

En esta resolución se aborda la denegación por parte del Sr. Registrador de la Propiedad a practicar una anotación preventiva de demanda. El supuesto de hecho es el siguiente: Se presenta en el Registro mandamiento de anotación preventiva de demanda interpuesta por algunos de los titulares de apartamentos. En el suplico de la demanda se solicita que se declare lo siguiente: Que los propietarios de unos apartamentos tienen derecho a usar y disfrutar de la piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo, de los que es titular una señora; que esta señora se abstenga de perturbar el pacífico uso de la piscina y zonas comunitarias por parte de los actores; que la actual propietaria, así como los sucesivos propietarios de la finca tienen la obligación de mantener y respetar los derechos de uso y disfrute de la piscina y zonas ajardinadas; que el derecho a usar y disfrutar de dicha zona debe extenderse a los siguientes propietarios presentes y futuros, así como a los familiares y amigos de estos, y que además este derecho implica la obligación de pagar los gastos de conservación.

El tema en cuestión consiste en dirimir si lo que se pretende en la demanda tendría carácter

---

<sup>30</sup> PRADO GASCÓ, V.J., “Visión actual del *ius ad rem*, los derechos reales *in faciendo* y obligaciones *propter rem* y sus relaciones con el Registro de la Propiedad” como anexo al T. 29 de civil”, *Revista de asuntos registrales* 4,30, 2010, p. 44.

real, pues en ese caso sería anotable. Concluye que hay que examinar el derecho cuya anotación se pretende para ver si tiene o no las características de un derecho real. A esta cuestión responde afirmativamente, dado que, el derecho que se pretende gozaría de inmediatividad y eficacia *erga omnes*. Más adelante manifiesta que sería necesario que los contornos y efectos del derecho estén perfectamente delimitados. Esto no se produce en el presente caso, pero la Dirección General considera que este defecto podrá ser solventado en la sentencia judicial (que sería el título inscribible) que en su caso se dicte. En consecuencia, se acuerda la anotación preventiva de la demanda.

#### **RDGRN de 4 de mayo de 2009**

En esta Resolución se resuelve la negativa del Registrador a la inscripción de solicitud de un acta de nota marginal. Se pretende por parte de una empresa que se practique una anotación haciendo constar una afección de unos terrenos en los siguientes términos: que el bien está sujeto durante cinco años desde el inicio de actividad a determinadas obligaciones de mantenimiento de la actividad y cumplimiento de determinados compromisos, para lo cual se le concedió una ayuda (subvención). En caso de incumplimiento de estos podrá dar lugar al reintegro de la subvención concedida.

El Registrador deniega la inscripción al entender que la afección no está perfectamente determinada en cuanto su contenido y alcance.

La Dirección General, tras analizar los límites y las características que ha de tener un derecho creado por la autonomía de la voluntad para que pueda ser considerado derecho real (como se ha expuesto anteriormente), deniega la inscripción al entender que pese a que la Ley de Subvenciones establece que el bien quedará afecto al pago del reintegro, cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral, no se regula en dicha ley una figura que evite, mediante la constancia registral de la afección, que surja dicho tercero. Termina diciendo que, la Administración puede garantizar el cumplimiento de la obligación, bien mediante hipoteca o condición resolutoria, bien mediante la creación de una nueva en la que su eficacia y perfiles estén perfectamente delimitados.

#### **RDGRN de 12 de mayo de 2010**

En esta Resolución se examina la negativa de un Registrador de la propiedad a inscribir una compraventa sujeta a condición suspensiva. Fundamenta su negativa en que no ha habido transmisión de la propiedad al estar ésta condicionada al pago del precio; en

que la condición establecida no es una verdadera condición al depender su cumplimiento de la única voluntad del deudor; por contravenir el pacto comisorio y por eludir la interpretación restrictiva del artículo 1504 del Código Civil y del artículo 59 del Reglamento Hipotecario.

La citada Resolución analiza uno a uno los defectos opuesto por el Registrador para la inscripción, y respecto a la falta de transmisión de dominio por la existencia de condición, la Dirección General manifiesta que en estos casos existen dos hipótesis diferenciadas. La primera de ellas es la que tiene lugar durante la pendencia de la condición sujeta a plazo, y la segunda la que tiene lugar una vez que ha vencido el plazo para su cumplimiento sin que conste en el Registro si se ha cumplido o no la condición. Dice la Dirección General que en el primer caso existirán dos titularidades contrapuestas, una actual y otra expectante, siendo necesario para realizar actos de disposición del dominio la acción conjunta de ambos titulares. En el segundo caso, ya no existirán dos titularidades, sino que se extinguirá una y se consolidará la otra. En consecuencia, no existe inconveniente para la inscripción de condición suspensiva sujeta a plazo.

Respecto al hecho de que no se trata de una verdadera condición al depender únicamente de la voluntad del deudor, la DG establece que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo preconiza una interpretación restrictiva del artículo 1115 del Código Civil entendiendo que este artículo se refiera a las condiciones puramente potestativas y no a las simplemente potestativas. Para el TS son válidas las condiciones que no dependen únicamente del arbitrio del deudor, y la del caso que nos ocupa (que el comprador encuentre financiación) desde luego no depende solo de él.

Por lo que se refiere al tercer defecto, si se trata de una condición suspensiva, no existe pacto comisorio dado que el vendedor sigue siendo propietario hasta que se pague el precio y si se trata de condición resolutoria, el pacto está expresamente reconocido en nuestro sistema hipotecario (Art. 1504 CC y 59 RH).

En consecuencia, con todo lo anterior, la DGRN estima que la compraventa sujeta a condición suspensiva es inscribible.

### **RDGRN de 8 de noviembre de 2018**

En esta resolución se examina la inscripción de una escritura de donación de la facultad de disponer sobre determinadas fincas. En la citada escritura se establecía las siguientes reglas:

- *En primer lugar, habrá de ser considerado como un derecho de carácter*

*renunciable por don R. J. A. M.*

*– Dicho derecho tendrá la consideración de inalienable ni por acto inter vivos ni mortis causa de su titular; de manera que, al fallecer su titular infrascrito, quedará extinguido consolidándose en favor de la titularidad que ostentan sus hijas doña M. y doña R. A. T., que desde este acto han quedado despojadas de la facultad de disponer en cuestión.*

*– Asimismo dicho derecho queda configurado como inembargable y de carácter personalísimo.*

*– Por lo tanto y en virtud de lo estipulado anteriormente, las titulares del dominio doña M. y doña R. A. T., para poder efectuar cualquier acto de carácter dispositivo sobre las fincas objeto de la presente, habrán de contar con el consentimiento expreso de su padre como titular este último de la facultad de disponer; y por ende el mencionado titular de la reseñada facultad también habrá de contar con las primeras para la realización de cualquier acto de la misma naturaleza».*

El Registrador suspendió la inscripción al entender que la donación no comprende ningún derecho subjetivo, esto es, ni la nuda propiedad ni el usufructo, sino solo una facultad jurídica que por sí misma no puede ser objeto de transmisión. La DGRN revoca la calificación del Registrador al entender que en la citada escritura fue objeto de donación un verdadero derecho subjetivo, y que en aquella el derecho ha sido configurado como un verdadero derecho real al respetar los límites de estos, que el hecho de que se considere inalienable y personalísimo no impide su consideración como derecho real y que al extinguirse el derecho por la muerte del donatario, y consolidarse en las donantes el mismo no perpetúa la desmembración del dominio. Por último, manifiesta que el hecho de que el donatario deba contar con el consentimiento de las donantes para disponer del bien no es incompatible con el carácter real del derecho.

#### **RDGRN de 9 de agosto de 2019**

En esta Resolución se examina la denegación de inscripción por parte del Registrador de una escritura de donación por la cual la donante donaba a su hija determinadas fincas y se reservaba el derecho de usufructo y el derecho a disponer del mismo por testamento a favor de su cónyuge. El Registrador fundamentó su denegación en el artículo 513.1 del Código Civil, según el cual el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario. La Resolución tras analizar el sistema de *númerus clausus*, límites y circunstancias revoca la calificación del Registrador al entender que no existe ningún

reparo para que el donante al constituirlo, se reserve la facultad de disponer del usufructo, no ya por actos inter vivos, sino por testamento. Establece la Dirección que tal y como ha sido establecido el usufructo, reservándose la facultad de disponer de él por testamento, se están preservando los límites de todo derecho real. Asimismo, manifiesta que es lícito que la donante en vez de establecer usufructo sucesivo a favor de su cónyuge, se reserve la posibilidad de disponer del usufructo por testamento.

## **5. CRÍTICA DOCTRINAL A LAS DIFERENTES POSTURAS ADOPTADAS.**

A la hora de emitir su juicio de valor respecto a la posibilidad de creación de nuevos derechos reales RODRÍGUEZ ALMEIDA, realiza un examen crítico de las diferentes posturas que se han adoptado a lo largo del tiempo comenzando con los derechos reales como *numerus clausus*.

Así pues, sostiene que la doctrina de *numerus clausus* ha sido mantenida durante numerosos años por la doctrina debido al poder inmediato que estos confieren a su titular y al respeto que se les debe guardar por el resto de sujetos pasivos. Esto es, la doctrina de *numerus clausus* ha sido mantenida durante números años por respeto a los límites del principio de autonomía de la voluntad, sobre todo, por respeto al orden público. De este modo afirma que, no sería posible dejar en manos de los particulares la creación de derechos reales pues conllevaría un caos y una inseguridad jurídica incompatible con el tráfico jurídico<sup>31</sup>. Del mismo modo, queda este argumento avalado por el artículo 1255 del Código Civil.

Si bien es cierto que, la teoría de *numerus clausus* se ve sostenida por números estudiosos y tiene un contundente fundamento como hemos visto, la doctrina de *numerus apertus* es a la que se remite la DGRN en la mayoría de sus resoluciones. No obstante, en varias ocasiones se muestra reacia a ella exigiendo que se cumplan unos determinados requisitos para la inscripción de nuevas figuras en el Registro de la Propiedad. De este modo, se hace referencia a la RDGRN de 19 de septiembre de 1974, en la que se rechazó la inscripción de un derecho de tanteo y retracto por no quedar suficientemente clara su naturaleza real.

---

<sup>31</sup> RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, "Examen de...", op., cit., p. 309.

Una vez analizada la teoría de *numerus clausus* comenzaremos el análisis de la teoría de *numerus apertus*. El sistema de *numerus clausus* ha sido superado por las diferentes necesidades jurídicas que han surgido con el paso del tiempo, en la práctica la realidad jurídica ha ido generando nuevas necesidades que han llevado a la inclinación hacia la apertura de los derechos reales. Esta necesidad práctica se ha visto confirmada por el artículo 2.2 LH anteriormente observado, que permite la inscripción de un listado tasado de derechos reales además de “otros cualquiera”. Es decir, establece de manera oficial en nuestro sistema jurídico los *numerus apertus*. En relación con el artículo 2 LH, cabría mencionar de nuevo el artículo 7 RH, que hace referencia a “cualesquiera otros derechos de la misma naturaleza”.

Como contrapartida a lo que acabamos de expresar existen posiciones encontradas al defender que el artículo 1255 del Código Civil lo que hace es admitir la creación de nuevos derechos reales surgidos de la voluntad humana, ya que es la voluntad humana la que regula los contratos y estos serán válidos siempre y cuando prime ese poder directo de las partes sobre la cosa<sup>32</sup>. En la misma línea DÍEZ PICAZO defiende el *numerus apertus* siempre y cuando el derecho real que se pretende crear sea creación de una verdadera necesidad económico-social que ese derecho real lleva a cabo. Sostiene asimismo que los límites a la creación de estos derechos reales no han de ser otros que los establecidos por el legislador en el artículo 1255 del Código Civil<sup>33</sup>.

Cabe destacar a continuación los límites impuestos por la DGRN al *numerus apertus*. Del mismo modo, la imposición de dichos límites no conlleva la negativa al *numerus apertus* sino todo lo contrario, ya que la DGRN se muestra proclive al mismo en sus resoluciones.

*- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real: poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales, es decir, debe tener los caracteres propios de los derechos reales.*

*- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).*

---

<sup>32</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III, Derecho de Bienes*, Marcial Pons, 2016.

<sup>33</sup> DÍEZ PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en el *Libro homenaje a Ramón M<sup>a</sup>. Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, p. 321.

- Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socioeconómica.

De tal modo que, de lo ya estudiado podremos concluir que para la creación de nuevos derechos reales es requisito esencial que sean oponibles y tengan eficacia *erga omnes*. Esto es, que cumplan todas las características inherentes a los derechos reales<sup>34</sup>.

En el Derecho Positivo español se ha aceptado el sistema de *numerus apertus*, es decir, se rige por el sistema de libertad en la constitución de derechos reales y en la modificación de la fisonomía de los establecidos en la ley<sup>35</sup>. En contra de esto se ha alzado gran parte de la doctrina que considera que no se podrán calificar como derechos reales aquellos que no reúnan los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tales.

Destaca, a su vez, la opinión de ROCA SASTRE, al considerar que, nuestro sistema pese a ser el de *numerus apertus* no implica la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los reconocidos por la ley. No existe así pues precepto semejante al artículo 1255 del Código Civil, y al igual que hemos mencionado anteriormente, estima que, no pueden ser calificados como derechos reales aquellos pactos que tengan consideración de carga o gravamen real. De este modo, se puede afirmar que para Roca el sistema español se basará en el *numerus clausus* con ciertos matices formales de *numerus apertus*<sup>36</sup>.

ALBALADEJO por su parte, se inclina claramente en favor de *numerus apertus*, no solo desde el punto de vista del Derecho vigente sino desde el punto de vista del Derecho constituyente<sup>37</sup>. Así pues, sostiene, a su vez, que la libertad que confiere el sistema de *numerus apertus* a cada uno de imponer los derechos que se deseen sobre los

---

<sup>34</sup> En palabras de GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, "Examen de...", op., cit., "entiendo respecto a la posibilidad de crear nuevos derechos reales que no existe obstáculo a que la voluntad negocial cree nuevas figuras admisibles en derecho. "En este sentido, considero que no hay duda de que la propia configuración del derecho real como oponible *erga omnes*, hace necesario la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades, limitaciones, etc.). Fundamenta sobremanera su pronunciamiento en el artículo 1273 del Código Civil; «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre las partes».

<sup>35</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS. "Autonomía privada y derechos reales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 1976, pp. 274.

<sup>36</sup> ROCA SASTRE, R. M<sup>º</sup>. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario...*, op., cit., p. 281.

<sup>37</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III*, ob. cit., p. 59.

bienes es argumento suficiente para desbancar el sistema de *numerus clausus*. Del mismo modo, señala Albaladejo que dentro de los derechos reales tasados cabría crear nuevas variantes, lo cual dejaría fuera de juego por completo el sistema de *numerus clausus*.

A los argumentos emitidos por Albaladejo lleva a cabo Díez Picazo diferentes críticas. En primer lugar, respecto a la libertad de la que hablábamos con anterioridad, se plantea qué libertad es esa a la que hace mención Albaladejo y dónde se encuentra consagrada jurídicamente. En resumidas cuentas, la libertad a la que se hace mención es una libertad relativa ya que supone una libertad para unos y una obligación para otros.

En segundo lugar, respecto a las variantes que se pueden añadir a los derechos reales ya tipificados, establece Díez Picazo que la tipificación conlleva numerosas ventajas ya que favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de registro, da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan existir y, no cabe duda, asegura mejor el interés de los adquirentes<sup>38</sup>.

Para Díez Picazo, la cuestión de los *numerus apertus* radica en definir si por listado abierto de derechos reales se va a entender un listado ilimitado o si la libertad de los particulares quedará sujeta a límites que habría que entablar en su caso. Así pues, la cuestión a debatir pasaría del sistema de *numerus clausus* y *apertus* a los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales.

Convendría ahora examinar el sistema de *numerus clausus* y *apertus* a la luz de los preceptos legales y reglamentarios vigentes, de la forma en que lo hace Díez Picazo. Así, establece numerosos argumentos de peso en favor del sistema del *numerus apertus*; en primer lugar, nos encontramos con el artículo 1255 del Código Civil, aunque este artículo ha sido utilizado por la doctrina para establecer argumentos tanto a favor como en contra. Este artículo que consagra la autonomía de la voluntad se ve respaldado por otros que ceden una amplia autonomía a los particulares para modificar a su gusto el contenido o régimen de los derechos reales típicos; como el 467 del Código Civil que permite que el título de constitución de un usufructo confiera a este derecho un alcance distinto del establecido por la ley; el 523 del Código Civil ordena que las facultades dimanadas de un derecho real de uso o del derecho real de habitación se regulan por el título constitutivo; el 594 del Código Civil que permite que todo propietario de una finca

---

<sup>38</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS. "Autonomía privada...", op., cit., p.279.

establezca en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y que lo haga de modo y forma que mejor le parezca, siempre que no contravenga con ello normas de orden público, precepto que es aplicable tanto a las servidumbres llamadas prediales, que se constituyen en beneficio de otro inmueble perteneciente a distinto dueño, como a las servidumbres personales, que se establecen en provecho de una o más personas; y finalmente el artículo 392 del Código Civil que estatuye que el contrato es la fuente primera de la reglamentación de la comunidad de bienes y que la comunidad solo se rige por las prescripciones del correspondiente título del Código Civil a falta de contratos <sup>39</sup>.

Estos preceptos son, sin embargo, de todo menos decisivos, ya que, habríamos de diferenciar entre las modificaciones que se pueden incluir en los derechos reales típicos y la creación de nuevos derechos partiendo de cero. Para los primeros hay una gran cantidad de textos legales que lo respalda, mientras que para los segundos no existe nada.

El mayor precepto a favor del sistema de *numerus apertus* sería el artículo 2.2 LH que hemos estudiado con anterioridad. Éste se vería respaldado a su vez por el artículo 7 RH, que de acuerdo con Díez Picazo es aún más contundente que el artículo 2.2 LH. Por lo tanto, en base a estos cuerpos legales, destacó una vez más, que el sistema de derechos reales en nuestro sistema jurídico es un sistema abierto dominado por la doctrina de *numerus apertus*.

Díez Picazo realiza un análisis de la jurisprudencia de la DGRN, y al igual que Goñi Rodríguez, afirma que la doctrina DGRN se inclina a favor de *numerus apertus*, aunque con limitaciones. Así, se ha dicho que la doctrina comprendida en la frase *numerus clausus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real; que a pesar de la notable influencia de la doctrina de *numerus apertus* en el Derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a la calificación, favorece los cálculos de los terceros adquirentes y evita la creación de derechos innominados y ambiguos y que nuestra propia jurisprudencia pone cortapisas a la autonomía de las partes para constituir un derecho real<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> IBIDEM, p. 283.

<sup>40</sup> IBIDEM, p.284.

Una vez examinada esta cuestión realiza un estudio de los límites del poder de creación individual en materia de derechos reales. Como he mencionado antes, el debate no radica en la posibilidad de creación de derechos reales atípicos, siendo esto algo claramente posible, sino en los límites y condiciones en las que pueden ser creados. Para Albaladejo la libertad de establecer derechos reales no se trata de que carezca de todo límite, sino que solo tengan los que sean necesarios, pero no que su limitación consista en suprimirla<sup>41</sup>.

Santos Briz considera que esta cuestión radica en el artículo 7 RH, señala así como límite de la libertad constitutiva de derechos reales que el derecho en cuestión afecte a las facultades del dominio o a las inherentes a otros derechos reales limitados<sup>42</sup>.

Estas ideas limitativas también las hemos observado en la jurisprudencia registral que ha sido recabada por Díez Picazo, y Goñi Rodríguez.

Así pues, Díez Picazo plantea esta cuestión en tres niveles.

- a) *La voluntad individual y sus límites genéricos*; Díez Picazo avala el juicio de Santos Briz cuando dice que hay, respecto de los presuntos derechos reales innominados, una limitación genérica, como es la que se establece en el artículo 1255 para todo el fenómeno de la autonomía privada<sup>43</sup>. Es decir, los derechos reales atípicos no podrán ser contrarios a las leyes, la moral ni el orden público. De ser contrarios, no tendrían efecto alguno en el ordenamiento jurídico, serían inválidos.
- b) *La voluntad negocial; voluntad negocial expresa y voluntad negocial no manifestada como problemas de interpretación*; los derechos reales atípicos son enfocados comúnmente como un problema de voluntad. Albaladejo habla del sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes el derecho que apetezca<sup>44</sup>.
- c) *La necesidad de plena determinación objetiva del derecho real o principio de especialidad*; los derechos reales han de estar determinados, se han de referir al objeto sobre el que el derecho recae, así como a los elementos de su contenido necesarios para el pleno desarrollo como derecho real. La

---

<sup>41</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III*, ob. cit., p. 59.

<sup>42</sup> SANTOS BRIZ, T., *Teoría y práctica. Tomo II: Derecho de cosas*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973.

<sup>43</sup> DÍEZPICAZO, LUIS. "Autonomía privada...", op., cit., p.297.

<sup>44</sup> IBIDEM, p. 298.

determinación, sin embargo, a la que hace referencia la jurisprudencia es a la consagrada en el artículo 9 LH, por ello, tanto para ser constituido como derecho real, como para poder llevar a cabo su inscripción, habrá de cumplir con los requisitos establecidos en este.

- d) *Los requisitos de forma y de publicidad*; estos vienen establecidos en el artículo 1280.1 del Código Civil; *Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.* Por ello, el contrato existirá siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para su validez. Cabe destacar también el artículo 1279 del Código Civil; *Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.*
- e) *La causa del negocio en relación con la constitución de los derechos reales*; Díez picazo estima menester que la voluntad se una o entre en conexión con una causa que sea suficiente para ello de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es decir, que todos los negocios jurídicos requieren una causa, más en particular los contratos.

Para finalizar, realiza una distinción de *numerus clausus y apertus* en relación con las diferentes categorías de derechos reales. Comienza esta distinción con la siguiente afirmación; en nuestro Derecho, el problema no reside tanto en averiguar si hay un poder de creación individual de derechos reales atípicos, cuanto en establecer y perfilar los límites y los requisitos que ha de llenar el acto de ejercicio de ese poder, que de algún modo hemos intentado esbozar<sup>45</sup>.

En lo relativo a los derechos reales de disfrute, cabe distinguir a su vez entre derecho real de disfrute pleno y derecho real consistente en el goce de un servicio limitado de la cosa ajena. En cuanto a los derechos reales de disfrute pleno, no cabrán figuras atípicas como tal, pero sí cabrán modificaciones en su régimen jurídico. Por su parte, en cuanto a los derechos reales consistentes en el goce de un servicio limitado, tampoco cabrán figuras atípicas.

---

<sup>45</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS. "Autonomía privada...", op., cit., p.304.

En lo relativo a los derechos reales de garantía, a Díez Picazo le parece acertada la opinión de Dekkers; en los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*<sup>46</sup>.

Por último, en cuanto a los derechos reales de adquisición, son categorías conflictivas en las que el problema se entraña más respecto a terceros del negocio jurídico constitutivo que de los propios derechos reales atípicos<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS. "Autonomía privada...", op., cit., p.304.

<sup>47</sup> IBIDEM, p. 305.

## CONCLUSIONES

Como resultado del análisis de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales, he podido observar una evolución en cuanto al *sistema de numerus clausus* y de *numerus apertus*, partiendo nuestro sistema jurídico en sus orígenes del primero, y siendo el segundo el que rige en la actualidad.

A la vista de lo mencionado, puedo llegar a las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.** – El Derecho Real tiene su origen en el Derecho Romano, desde su origen hasta la actualidad han sido sostenidas diferentes teorías acerca de su esencia. La teoría predominante en la actualidad es la *teoría clásica*; gira en torno a la concepción de que una cosa está subyugada a la potestad que una persona tiene sobre ella y que además es oponible *erga omnes*.

Para que un derecho pueda ser calificado como Derecho Real se habrán de cumplir ciertas características; la *inherencia*, es decir, el poder directo que se tiene sobre el bien. La oponibilidad *erga omnes*, es decir, es un derecho oponible frente a todos y por lo tanto se puede exigir frente a todo el mundo, es un derecho absoluto y no relativo.

Por todo ello, el Derecho Real se definirá como un derecho subjetivo de carácter patrimonial que califica la relación entre una persona y una cosa, que se tiene como suya.

**SEGUNDA.** - El Principio de Autonomía de la Voluntad de las partes regulado en el artículo 1255 del Código Civil confiere a los particulares la libertad de regular sus propios contratos en atención a sus intereses y conveniencias.

Más allá de esto, se considera un principio básico en las relaciones contractuales y de no existir no concebiríamos éstas de la forma en que lo hacemos hoy en día. Si bien es cierto, que, esta libertad está sujeta a ciertos límites; la ley, la moral y el orden público.

Será esta autonomía de la voluntad la que opere en el ámbito de los derechos reales.

**TERCERA.** - La doctrina de *numerus clausus* defiende la existencia de una lista tasada de derechos reales que no prevé la creación de nuevos por los particulares. Los derechos reales serán aquellos que han sido creados por el legislador, sin embargo, los defensores de esta doctrina en nuestro ordenamiento jurídico manifiestan la posibilidad de variar el contenido de cada derecho real o establecer categorías dentro de los mismos. Por su parte,

la doctrina de *numerus apertus* defiende la posibilidad de creación de nuevos derechos reales por los particulares mediante el principio de autonomía de la voluntad.

**CUARTA.** - Una vez realizada la diferenciación del sistema de *numerus clausus* y *apertus*, cabe afirmar que en nuestro sistema jurídico prima el sistema de *numerus apertus* pues así queda establecido de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Ambos artículos son fuente de críticas debido a la insuficiencia de su redacción y de los conceptos empleados, sin embargo, pese a esto, ambos artículos sientan las bases de la doctrina de *numerus apertus* quedando instaurada de manera oficial en nuestro sistema jurídico y siendo así apoyado por la opinión de la doctrina y diferentes resoluciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública.

Ahora bien, que sea el sistema oficial de nuestro ordenamiento jurídico no implica que cualquier derecho creado por los particulares en aras de la autonomía de la voluntad pueda ser catalogado como derecho real.

Así, conviene tener en cuenta las diferentes resoluciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública en la que se muestran los límites a la creación de nuevos derechos reales y las circunstancias que han de producirse para la creación de estos.

**QUINTA.** – Los diferentes pronunciamientos de la doctrina confirman lo estudiado hasta el momento, así pues, un sector de la doctrina, durante muchos años, se inclina por la defensa de la doctrina de *numerus clausus* debido al poder inmediato que estos confieren a su titular y al respeto que se les debe guardar por el resto de sujetos pasivos. Esto es, la doctrina de *numerus clausus* ha sido mantenida durante números años por respeto a los límites del principio de autonomía de la voluntad, sobre todo, por respeto al orden público. De este modo afirma que, no sería posible dejar en manos de los particulares la creación de derechos reales pues conllevaría un caos y una inseguridad jurídica incompatible con el tráfico jurídico. En contraposición, otro sector de la doctrina se inclina por el sistema de *numerus apertus* coincidiendo en la oficialidad de éste. De igual forma coinciden en que el argumento principal a favor de *numerus apertus* no es otro más que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria respaldado por el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, establecen límites a esta creación, límites que se pueden englobar dentro de los establecidos por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil Tomo III, Derecho de Bienes*, Marcial Pons, 2016.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R., “Comentario al artículo 1255”, en *Comentarios al Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R, Aranzadi, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Barcelona, 2015.

DÍEZ PICAZO, LUIS. “Autonomía privada y derechos reales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 1976.

DÍEZ PICAZO, L., *Autonomía privada y derechos reales*, en el *Libro homenaje a Ramón M<sup>a</sup>. Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976.

ESPÍN CANOVAS, D, *Los límites a la autonomía de la voluntad del derecho privado*, Universidad de Murcia.

GARCÍA SÁNCHEZ, A, *Estudio orgánico global de los derechos reales*, Revista DIKE, 2019.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N<sup>o</sup>. 693. Enero-febrero 2006,

HERNANDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960.

LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen I. Derechos Reales. Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE, C, *Propiedad y Derechos Reales de Goce Principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Colex, Madrid, 2008.

MORENO QUESADA, B., *Curso de derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*. Tirant lo Blanch, 2016.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CANDIDO, RODRIGO BERCOVITZ, LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, y PABLO SALVADOR CODERCH. *Comentario al Código Civil*. Primera Edición. Madrid, Editorial Aranzadi, 2015.

PRADO GASCÓ, V.J., “Visión actual del *ius ad rem*, los derechos reales *in faciendo* y obligaciones *propter rem* y sus relaciones con el Registro de la Propiedad” como anexo al T. 29 de civil”, *Revista de asuntos registrales* 4,30, 2010.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>. y ROCASASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario, fundamentos de la publicidad registral, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1995.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979.

SANTOS BRIZ, T., *Teoría y práctica. Tomo II: Derecho de cosas*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973.

SORO RUSSELL, O. *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Colección Jurídica General, Monografías.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, *Derecho Civil Derechos Reales 4ª edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

## **RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

RDGSJFP de 11 de abril de 1930. LA LEY 11/1930.

RDGSJFP de 2 de noviembre de 2009. LA LEY 217895/2009.

RDGSJFP de 10 de mayo de 2010, RJ 2010/2748.

RDGRN de 4 de enero de 1927, LA LEY 1/ 1927.

RDGRN de 23 de octubre de 1987, LA LEY 4230/1987.

RDGRN 18 de julio de 2005.

RDGRN de 4 de mayo de 2009.

RDGRN de 8 de noviembre de 2018.