

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.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

I. PLANTEAMIENTO

Al hilo de las últimas Resoluciones de la DGRN (1), proclives a la admisión de nuevas figuras de un derecho real, conviene que repasemos la evolución doctrinal, inicialmente proclive al *numerus clausus*, y su giro hacia el *numerus apertus*. Una vez admitida ésta, hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener y su estrecha relación con el principio de especialidad.

II. LOS DERECHOS REALES SON NUMERUS CLAUSUS

Ésta ha sido una tesis mantenida tradicionalmente por la doctrina, pues, efectivamente, las especiales características de los derechos reales, que generan en los sujetos pasivos un deber especial de respeto o abstención, y el poder inmediato que confieren a su titular, provocan que parte de la doctrina se incline por restringir el número de los mismos, a los expresamente contemplados en los cuerpos legales. Es decir, al tratarse los derechos reales de una cuestión de orden público, no es posible dejar al arbitrio de un particular la creación de nuevas figuras, pues conllevaría un caos y una inseguridad jurídica incompatible con el tráfico jurídico.

En este sentido, los defensores del *numerus clausus* en la doctrina más relevantes son HERNÁNDEZ GIL y SERVAT (2); este último afirma que si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía para la creación de nuevos derechos reales, se podría introducir la anarquía y el caos en el ordenamiento inmobiliario, y se plantea si podría llegar a desnaturalizarse el registro, subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora.

Como argumentos legales que sustentan esta tesis se aporta el hecho de que no existe un equivalente del artículo 1.255 del Código Civil para los derechos de crédito.

Si bien, la jurisprudencia registral, a través de las Resoluciones de la DGRN, se ha manifestado proclive a la admisión de un *numerus apertus* de derechos reales, dicha admisión se ha ido restringiendo, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para la inscripción de esas nuevas figuras de carácter

(1) En concreto, basamos este análisis crítico en la RDGRN de 18 de julio de 2005.

(2) HERNÁNDEZ GIL, F., *RDP*, pág. 1962, pág. 650; SERVAT, J., «Derechos reales y pactos de trascendencia real», en *RCDI*, núm. 247, 1948, pág. 752.

real, como luego veremos. Ha rechazado, en varias ocasiones, la posibilidad de inscripción de determinadas figuras por no ser verdaderos derechos reales, lo que pone de manifiesto, a pesar de ser proclive a la nueva creación de derechos reales, las dificultades que exige para ello. En ese sentido, la RDGRN de 19 de septiembre de 1974 rechazó la inscripción de un derecho de tanteo y retracto, tal y como aparecía descrito en la escritura por no quedar suficientemente clara su naturaleza real. En concreto, afirma «que en el presente supuesto —un derecho de tanteo, y en su caso de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro— no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real». Igualmente, la RDGRN de 1 de septiembre de 1998 impide la inscripción de un derecho de uso pactado en convenio regulador a favor de los hijos sobre la vivienda familiar, para el caso de fallecimiento de la madre con la que conviven y mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico, pues entiende que este derecho queda indeterminado no sólo en cuanto a su alcance, sino a su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que eventualmente se prestaría un derecho de alimentos respecto de los hijos).

III. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

Sin embargo, la anterior tesis ha sido prácticamente superada. La doctrina empezó a replantearse el *numerus clausus* de los derechos reales, probablemente forzada por la propia realidad jurídica práctica que generaba nuevas situaciones «reales», que debían ser consideradas como tales, e inclinando, entonces, la balanza hacia la apertura de los derechos reales. De hecho, esa necesidad práctica, social o económica, se ha visto plasmada en la admisión y tipificación de un nuevo derecho real, la llamada multipropiedad, hoy regulada por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que recoge el «nuevo derecho real» de aprovechamiento por turno.

Basan sus ideas en el hecho de que los preceptos legales existentes parecen proclives a la admisión de nuevas figuras, como ocurre con el artículo 2.2 LH, que permite la inscripción de los «derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y cualesquiera otros derechos reales»; e igualmente el artículo 7 RH establece que no sólo son inscribibles los títulos relativos a derechos reales que allí se dice, 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 lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Entre los defensores del *numerus apertus* destacamos a ALBALADEJO (3), que es firme partidario de la admisión de nuevos tipos de derechos reales surgidos de la voluntad humana con base en el artículo 1.255 del Código Civil, pues cree que la voluntad humana puede crear todos aquellos contratos capaces de modelar nuevos derechos reales, siempre que lo creado por las partes goce de ese poder directo sobre la cosa característico de los derechos reales. Díez

(3) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III. *Derecho de bienes*, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 29-34.

PICAZO (4) es también partidario de la posibilidad de nuevos derechos reales, pero siempre dentro de unos límites, que no son otros que la necesidad de creación del nuevo derecho real esté justificada por una causa o función económico-social útil, que ese derecho real lleva a cabo. Y considera que si las partes expresaron su voluntad de crear un nuevo derecho real, los límites deben ser los propios de la autonomía de la voluntad del 1.255 del Código Civil; si por el contrario, no lo han expresado claramente, sin que quepa deducir que los efectos que requieren son reales, la interpretación ha de ser más restrictiva. LACRUZ BERDEJO (5) se adhiere a la tesis de DÍEZ PICAZO, añadiendo que sí pueden existir nuevos derechos reales, pero su creación, tal y como mantiene el autor citado, debe estar claramente limitada. Entiende que los derechos reales nacen del título y modo, y la voluntad negocial que implica el título tiene una causa, «concepto en el que se incluye la utilidad social de la combinación», y esa causa o justificación social, precisamente es el límite para la creación por la voluntad humana de nuevos derechos reales.

La Dirección General, tradicionalmente, ha admitido con mayor frecuencia, que rechazo, la creación de nuevos derechos reales que escapan a los tipos previstos por la Ley (6). Se muestra, por tanto, proclive a la admisión del *numerus apertus*, eso sí, de forma limitada, estableciendo los siguientes requisitos para la creación de un nuevo derecho real:

- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconozca 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).
- Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades). Lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, art. 9 LH).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica (7).

(4) DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 47-49, y «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 14-15.

(6) Véanse las siguientes Resoluciones que admiten la existencia de un *numerus apertus* en los derechos reales: RRDGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 14 de mayo de 1984, 4 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1996, 16 de julio de 2002 y 17 de julio de 2005.

(7) En este sentido, la DGRN admite la creación de nuevos derechos por necesidades urbanísticas (RDGRN de 14 de mayo de 1984) o económicas (RDGRN de 4 de marzo de 1993), y es precisamente cuando se dan esas justificaciones de tipo económico cuando la DGRN es más proclive a admitir nuevos tipos.

IV. LOS «NUEVOS» DERECHOS REALES Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Como vemos, el requisito para ser admitido como «nuevo derecho real» es básicamente la perfecta determinación del derecho para que pueda ser oponible, y por tanto eficaz *erga omnes*. Es fundamental para ser derecho real: su determinación y su inmediatividad y eficacia *erga omnes*. Si no reúne todos y cada uno de los requisitos que se predicen de un derecho real, no los considera como tales, en ese sentido podemos afirmar que la DGRN es restrictiva, por regla general, a la hora de admitir nuevos derechos.

Sin embargo, encontramos, a veces, pronunciamientos de la Dirección General, que en parte nos «sorprenden», tal es el caso planteado en la RDGRN de 18 de julio de 2005. En ese caso se pretende la inscripción de un derecho de usar y disfrutar una piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo, inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos privativos a favor de una persona determinada (causahabiente del constituyente del régimen). Asimismo, se solicita en dicha demanda que la titular de la zona donde se halla la piscina respete su derecho de uso y disfrute y se abstenga de perturbar su pacífico ejercicio. El derecho de uso y disfrute se pretende que se reconozca a favor de los titulares de los apartamentos, así como de los sucesivos propietarios de los mismos, sus ocupantes y familiares y amigos. Igualmente, se declara que ese derecho de uso y disfrute lleva consigo la obligación de pagar los gastos de conservación de la piscina y jardines.

Pues bien, la DGRN afirma que el derecho de uso que se pretende inscribir goza de inmediatividad (el derecho de los demandantes a usar y disfrutar el espacio controvertido) y eficacia *erga omnes*, pues se dice expresamente que ese derecho sería oponible frente a cualquier titular de tal espacio. Pero, reconoce, igualmente, el Centro Directivo, que ese derecho no está perfectamente determinado en sus contornos y efectos. Cuestión esta vital para poder considerarlo, primero, como derecho real, y segundo y más importante, desde el punto de vista registral para su inscripción en el Registro.

Continúa la Dirección General diciendo que dicha determinación derivará del título constitutivo del derecho, que será la futura sentencia en el caso de estimarse la demanda.

Pues bien, el derecho no está perfectamente determinado, y como tal, entonces, no puede ser considerado ni derecho real ni inscribirse en el Registro, puesto que es fundamental en los derechos reales esa determinación, precisamente como base de su oponibilidad. Cuestión distinta es que, en este caso, se trata de una anotación cuyo objeto son precisamente situaciones jurídicas no inscribibles, pues su contenido, todavía sin determinar, no podría ser objeto de inscripción, al no ser un derecho perfectamente oponible.

Entiendo, no obstante, que siendo *a priori* aceptable la solución aportada por la Dirección General, respecto a la posibilidad de crear nuevos derechos reales, pues la mayoría de los caracteres propios de aquellos parecen darse en esta figura, no veo obstáculo a que la voluntad negocial (eso sí con límites) cree nuevas figuras admisibles en derecho; lo que critico y no comparto es que permita esa anotación de la demanda del derecho que no está determinado, pues si no lo está no es propiamente un derecho real, no goza de las características plenas del mismo. Ya que la determinación es de esencia de los derechos reales, pues sólo así es posible su oponibilidad frente a todos, y si no está determinado no es oponible, y si no es oponible frente a todos, no goza

de absolutibilidad, carácter propio, particular y definidor de los derechos reales. Luego, este segundo parecer de la Dirección sí me parece criticable.

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.). Esto alcanza su máximo exponente en la hipoteca, donde el derecho real sólo puede hacerse efectivo sobre los bienes concretos sobre los que recae, y por la cantidad expresamente determinada. Pero, también es necesario con respecto a otros derechos reales; por ejemplo, para el usufructo puede deducirse de manera indirecta la necesidad de determinar su objeto, del artículo 491 del Código Civil, que exige la formación de inventario y tasación de los bienes sobre los que recae dicho derecho. Por otra parte, en los derechos reales que conllevan un desplazamiento posesorio, su objeto queda determinado siempre, aunque sólo sea por ese efectivo desplazamiento que individualiza el objeto.

En el derecho de crédito o personal, probablemente, no sea tan necesaria la determinación objetiva. Es cierto que el objeto de un derecho de crédito no puede ser absolutamente indeterminado, pero sí que se admite una cierta indeterminación inicial —siempre que más tarde sea determinable—. De esta forma son perfectamente admisibles las obligaciones genéricas en las que el objeto de la prestación está indeterminado hasta su posterior especificación. El Código Civil recoge esta idea en el artículo 1.273 al decir que: «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». Igualmente el artículo 1.271 admite como objeto del contrato cosas futuras, que pueden no estar perfectamente determinadas.

En este sentido, Díez PICAZO, al hablar sobre la determinación del objeto de la relación jurídico-real, añade que «en la relación jurídico-real el requisito de determinación del objeto se traduce en la necesidad de una absoluta individualización objetiva. La naturaleza misma del derecho real, que es un poder directo e inmediato, excluye que un derecho de este tipo pueda nacer si el objeto no está plena e íntegramente determinado. De aquí que el principio de especialidad sea un principio con vigencia no sólo hipotecaria, sino también de todo el ámbito de los derechos reales» (8). Este autor va más allá, afirmando, a continuación, que si existe un negocio que establece solamente criterios de determinabilidad del objeto de la relación jurídico-real que prevé (vgr., lego el usufructo sobre una de las dos casas que poseo a elección del legatario), nos encontramos con una relación jurídico-real en estado de pendencia o previa a la relación jurídico-real definitiva. No existe, por tanto, derecho real sino está determinado su objeto.

En cuanto al titular del derecho real, de nuevo creo que su determinación es necesaria, pues ese poder concreto e inmediato debe atribuirse a un sujeto específico que es el único que puede ejercitar el derecho y las facultades que lo componen. Aunque considero que aquí es más factible cierta indeterminación inicial del mismo, siempre y cuando con posterioridad pueda determinarse, o se establezcan los criterios de esa identificación (por ejemplo, aprovechamientos forestales en mano común, montes vecinales).

(8) Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 133.

La doctrina coincide en señalar que la especialidad (en este caso, más bien determinación, en cuanto se refiere únicamente a la concreción del derecho) es un principio básico del Derecho de cosas, necesario para la formación de los derechos reales. En este sentido, GORDILLO CAÑAS (9), en su artículo «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales», enumera entre esas bases del Derecho de cosas la «rigurosa especialidad de todos los derechos reales», que consiste en que «los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos». Igualmente, SANZ FERNÁNDEZ (10) clasifica al principio de especialidad como un principio que gobierna «la fijación de los derechos reales». MANUEL PEÑA (11) sostiene que es «necesario que quede determinada la cosa sobre que recae el derecho real», y, asimismo, la porción material en que la cosa deba quedar afectada por el derecho real, si el derecho requiriera de una localización más precisa. Son expresivas las palabras de GÓMEZ GÁLIGO (12) que afirma que «la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho Hipotecario como del Derecho Civil en general, hasta el punto de que son muchos los civilistas que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que éste pueda ser conceptuado como derecho real».

Luego, si la determinación es de esencia de un derecho real, y en este caso no queda perfectamente determinado dicho derecho, sino que lo será más tarde en la sentencia que sirva de título constitutivo, no me parece razonable su admisión como tal, al menos todavía, habrá que esperar a la sentencia que lo determine, y que por tanto haga nacer el «verdadero derecho real» para que sea oponible.

He pretendido desde estas líneas poner de relieve la estrecha relación entre la determinación y la creación de nuevos derechos reales, pues sin aquélla no será posible ésta, precisamente porque sin determinación no existe oponibilidad, característica propia de los derechos reales (13).

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

Se pretende desarrollar la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales.

ABSTRACT

NUMERUS APERTUS

This article examines the age-old debate of the numerus clausus or numerus apertus system for in-rem rights.

(9) GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: Sistema español», en *ADC*, 1995, abril-junio, pág. 566.

(10) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Instituto Editorial Reus, 1947, pág. 231.

(11) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 69.

(12) GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «El principio de especialidad», en *RCDI*, 1994, noviembre-diciembre, pág. 2404.

(13) Sobre estas ideas, véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El principio de especialidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión, pues por los efectos erga omnes y el deber de respeto que generan los derechos reales, la admisión de nuevos tipos debe ser controlada y acorde a las exigencias del principio de especialidad.

The controversy has died down nowadays, as the numerus apertus scheme for real rights has been comfortably accepted, although with certain limits or limitations on its acceptance. This is because the acceptance of new types of rights must be controlled and must meet the demands of the principle of speciality, due to the erga omnes effects of in-rem rights and the duty of respect that they generate.

1.4. Sucesiones

LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS TESTAMENTOS.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

I. BASE LEGAL

El artículo 673 del Código Civil establece que es nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude. Dentro del dolo quedan incluidos aquellos supuestos en los que existe una captación de voluntad del testador con el fin de que dirija sus últimas voluntades en una determinada dirección.

La capacidad del testador que hay que tener en cuenta es la que tuviere en el momento de otorgar el testamento, según prescribe el artículo 666 del mismo cuerpo legal.

Nuestro Derecho parte de la capacidad de las personas, por lo que los que la nieguen habrán de probarlo.

II. COMENTARIO

Dentro del tema central de la captación de la voluntad del testador que aparece en las sentencias del Tribunal Supremo (1), merecen especial atención los siguientes aspectos:

(1) SSTs de 8 de octubre de 2004, 26 de diciembre de 1990, 13 de octubre de 1990, 14 de marzo de 1988, 13 de julio de 1981, 3 de febrero de 1977, 1 de junio de 1962, 16 de abril de 1959 y 30 de junio de 1944.