

Autonomía privada y derechos reales*

1.—*La cuestión tradicional del «numerus clausus» o del «numerus apertus» de derechos reales.*—En nuestra doctrina jurídica se ha discutido tradicionalmente si nuestro Derecho positivo adopta frente a los derechos reales un sistema de *numerus clausus* o de *numerus apertus*. Según el sistema del *numerus clausus*, los derechos reales constituyen tipos cerrados y necesarios en su configuración (*Typenzwang*). No es posible que los particulares constituyan más derechos reales que aquellos que la ley establece o tipifica de una manera determinada. Se funda esta línea en la idea de que la constitución de derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado y que, por consiguiente, pueda dejarse a merced del arbitrio de los particulares. Afecta a los intereses de los terceros (posibles adquirentes, personas de cualquier modo relacionadas con los bienes, etc.) y, por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público.

Por el contrario, en el sistema de *numerus apertus* se entiende que los particulares pueden crear derechos reales distintos de aquellos establecidos o tipificados por la ley. Es decir, la libertad individual goza de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación.

El sistema de *numerus clausus* tiene vigencia en Alemania, Austria, Argentina, Japón, Finlandia, Holanda, Portugal, Suiza y Suecia. En Francia y en Italia se discute cuál es el sistema adoptado por la ley, aunque en Italia, después del Código de 1942, la doctrina es prácticamente unánime en favor del *numerus clausus* (1).

(*) El presente trabajo ha sido escrito especialmente para el Libro-Homenaje en honor de don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

(1) MESSINEO, *Manuale del Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1965, volumen 2.º, pág. 567; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Turín, 1965, vol. 1.º, pág. 715; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Padua, 1970,

En relación con el Derecho alemán (2), señala WOLFF (3) que el Código civil de aquel país ha vuelto a adaptar el sistema romano del *numerus clausus*, poniendo a disposición de las partes un número restringido de tipos fijos de derechos. Este número es hoy mayor que el que se admitía en el Derecho común y, por su parte, los Derechos territoriales, en la esfera de competencia a ellos reservada, lo aumentan, aunque el autor citado señale que faltan muchos tipos que en el Derecho anterior y en los Derechos extranjeros han mostrado su utilidad.

El sistema de *numerus clausus*, dice WOLFF, favorece la claridad y la abarcabilidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias. Se funda en la conveniencia de que la propiedad esté al resguardo de la multiplicación de gravámenes imposibles de prever. El sistema de registro persigue la misma finalidad y sólo puede ser eficaz si el *numerus* de derechos registrables es limitado y su contenido se encuentra fijado por la ley.

De este modo se excluye la creación de cualquier derecho real por acuerdo de las partes, aunque no se cierre el camino a una marcha evolutiva del derecho. El autor citado señala desde este punto de vista, que en el Derecho de colonización se han creado algunas formas nuevas de derechos reales.

En el Derecho francés se han manifestado opiniones favorables al sistema de *numerus clausus* o de enumeración limitativa de los derechos reales. MAZEAUD (4) dice que así como hay plena autonomía y plena libertad en la creación de derechos personales, no ocurre lo mismo en los derechos reales. La razón de ello es para MAZEAUD solamente dogmática. Como en los derechos reales no hay dos personas, sino una persona y

página 408; BRANCA, *Istituzioni di Diritto Privato*, Bolonia, 1969, pág. 208. MESSINEO dice que los derechos reales son típicos en el sentido de que la voluntad del constituyente no puede crear figuras nuevas y diversas, ni tampoco modificar su disciplina jurídica. A su juicio, es decisiva la desaparición en el Código de 1942 de preceptos del Código de 1865 que remitían a la voluntad de los particulares posibles derogaciones (por ejemplo, arts. 476, 616, etc.). La tipicidad de los derechos reales deriva del principio de libertad fundiaria. La multiplicidad acabaría ahogando y vaciando de contenido el derecho de propiedad. El negocio jurídico de creación de un derecho real atípico es nulo por ser *contra legem* o, por lo menos, ineficaz.

(2) Para el Derecho alemán, *vid.* VON THUR, *Parte general*, I, pág. 137; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, 1930; WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1969, pág. 19; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich, 1966, pág. 77; EICHLER, *Institutionem des Sachenrechts*, Berlín, 1954, pág. 54.

Según los autores citados la regla del *typenzwang*, que no se discute, se encuentra formulada en los «Motivos» del Código civil.

(3) WOLFF, *Derecho de Cosas*, trad. esp., 3.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971.

(4) MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 4.ª ed., por M. DE JUGLART, París, 1969.

una cosa, sólo puede corresponderle al legislador el definir los poderes que el hombre tiene derecho a ejercitar sobre las cosas (5).

Más matizada es la opinión de PLANIOL y RIPERT (6). Señalan PLANIOL y RIPERT que la posibilidad de crear derechos reales fuera de los que el Código civil enumera y la de modificar la fisonomía de los existentes ha sido muy discutida, pronunciándose por la solución afirmativa gran cantidad de autores y la jurisprudencia. La Corte de casación afirmó ya en 1834 que los artículos 344, 546 y 552 del Código de Napoleón son declarativos del derecho común en relación con la naturaleza y los efectos de la propiedad, pero que no son prohibitivos y que ni esos artículos ni ninguna otra ley excluyen las diferentes modificaciones y descomposiciones de que es susceptible el derecho ordinario de propiedad. Después de ello los Tribunales han admitido la creación convencional de cargas reales en beneficio, por ejemplo, de una mina y han considerado que las tasas de riego debidas por los usuarios de un canal privado tenían el carácter de cargas reales.

Efectivamente, dicen estos autores (7), ningún texto prohíbe formalmente la creación de nuevos derechos reales o la modificación de los ya reconocidos. El artículo 543 del Código civil es enunciativo y su enumeración es, por otra parte, incompleta. Hay, pues, que respetar la libertad de convención siempre que no vaya contra una disposición de orden público, como ocurriría si se quisiera resucitar los antiguos derechos feudales o desconocer los artículos 530 y 685 del Código.

Sin embargo, se señala también que la creación de nuevos derechos reales por voluntad privada tropieza con dos obstáculos jurídicos que la hacen extraordinariamente rara. Por una parte, el derecho real tiene siempre como contrapartida necesaria una obligación impuesta a todas las demás personas de respetar la situación del titular. Y esta obligación pasiva de los terceros no puede resultar de la simple voluntad del acreedor, sino que es preciso que exista con anterioridad a la creación del derecho.

Los terceros sólo pueden estar obligados a respetar este nuevo dere-

(5) *Op. cit.*, pág. 4. Los autores citados recuerdan la frase de TEILHARD, *Exposé de Motifs*: «Il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits.» También, LOCRE, *Travaux préparatoires*, tomo 8.º, pág. 51.

(6) PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, París, 1952, tomo III, *Les biens*. En el Derecho francés, AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil*, se inclinaban por la negativa (*numerus clausus*), pero en la 7.ª ed. ESMEIN matiza el tema (vol. II, pág. 91). Se admiten el derecho de superficie y algunas formas especiales de copropiedad. El Código, se dice, ha querido limitar la posibilidad de crear cargas perpetuas, salvo las previstas como servidumbres. La jurisprudencia ha considerado como *cargas reales*: la renuncia del propietario de la servidumbre a los daños causados por el concesionario de una mina (Dijon, 30 de diciembre de 1896), la tasa de irrigación de un canal (C. de Estado, 23 de marzo de 1904) y una prohibición de concurrencia al vendedor (Rouen, 28 de noviembre de 1925).

(7) *Op. cit.*, pág. 54.

cho si tenían ya antes la obligación de respetar el derecho del constituyente. De este modo, hay que concluir que el derecho real así creado sólo puede ser una desmembración de un derecho antiguo. Aunque la ley ha previsto la mayor parte de estas desmembraciones, es posible la articulación de algunas otras.

Entre los sistemas que se muestran partidarios del *numerus clausus* de derechos reales se suele citar el Código civil argentino, que en su artículo 2.502 dice: «Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer», y a continuación, el artículo 2.503 dice que «son derechos reales: 1.º El dominio y el condominio. 2.º El usufructo. 3.º El uso y la habitación. 4.º Las servidumbres activas. 5.º El derecho de hipoteca. 6.º La prenda. 7.º La anticresis (8).

VÉLEZ SANSFIELD (9) justifica la solución dada en el Código con la opinión de DEMOLOMBE (10), quien, dice, sostiene extensamente esta tesis contra otros muchos jurisconsultos franceses. Recuerda también VÉLEZ que el Derecho romano no reconoció al lado de la propiedad sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, pero que desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon muchos derechos reales por medio del arrendamiento perpetuo o del contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas, como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían y el acreedor del canon tenía derecho a perseguir la cosa a cualquier mano que pasase.

Los escritores españoles, dice VÉLEZ, se quejan de los males que se habían producido por la existencia de diferentes derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades

(8) Código civil de la República Argentina, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

(9) VÉLEZ SANSFIELD, *Notas, op. y loc. cit.*

(10) La cita de VÉLEZ es al *Cours de Code Napoleon*, tomo IX, 5.ª ed., París, 1887, págs. 425 y ss. El autor se pregunta si los particulares pueden a su gusto y conveniencia cambiar o modificar los derechos reales establecidos por el Código Napoleón, es decir, crear derechos reales distintos de los que el Código establece. En general, dice, la doctrina y la jurisprudencia deciden que los particulares pueden desmembrar o descomponer el derecho de propiedad como les parezca, con la excepción, unánimemente reconocida, de que no se puede hacer revivir ninguno de los antiguos derechos feudales, ni constituir rentas perpetuas. Para DEMOLOMBE, sin embargo, el artículo 543 es limitativo (*op. cit.*, núm. 519, página 437) y los derechos que los particulares pueden constituir sobre sus bienes deben necesariamente poder reconducirse siempre a una de estas tres clases de derechos: derecho de propiedad; derecho de usufructo, uso o habitación, o derecho de servidumbre.

iban a su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera y otro el de las plantaciones que se hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y a la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando un derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

2.—*La cuestión en el Derecho Positivo español.*—En nuestro Derecho, dice CASTÁN (11), se acepta generalmente el sistema de libertad en la constitución de derechos reales y en la modificación de la fisonomía de los establecidos en la ley. Por otra parte, el marco de los derechos reales típicos es en nuestro Derecho muy amplio, y dentro de él tienen cabida cuantas modalidades puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes.

Frente a esta tesis se han alzado algunas voces muy autorizadas, especialmente entre los hipotecaristas. No puede hablarse de libre creación de derechos reales, pues no pueden admitirse otros derechos reales que aquellos que estructuralmente reúnen los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. El sistema de *numerus clausus* tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en categorías perfectamente definidas y con unos caracteres bien determinados. Con ello se facilita sobre todo la labor de llevanza y de gestión del Registro. El camino para satisfacer nuevas exigencias jurídicas queda siempre abierto por la vía de los derechos personales (12).

La opinión de ROCA (13) es más matizada. ROCA dice que el contraste entre el sistema de lista abierta de derechos reales inmobiliarios, que por el solo hecho de ser tales tendrían abiertas las puertas del Registro, y el sistema de lista cerrada es notable, pero que en el fondo la diferencia entre ambas reglas es puramente formal, pues por un lado los ordenamientos legales que dicen que adoptan el sistema limitativo de derechos reales, considerando tales solamente los aceptados por la ley, admiten algunos tipos que por su amplitud constituyen un molde generoso que per-

(11) CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, vol. 2.º, ed. 1950, pág. 41.

(12) SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, pág. 156.

(13) ROCA, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., Barcelona, 1968, tomo II, pág. 335.

mite catalogar en él una variedad de figuras que corresponden a otros tantos derechos reales, y, por otro lado, a pesar de que oficialmente los sistemas como el nuestro sean de *numerus apertus*, ello no supone la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los expresamente reconocidos por la ley, de suerte que no es nada fácil, dado lo prolijo de nuestro sistema en cuanto al número de derechos reales nominativamente admitidos que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de los mismos, pues, aparte de que ello más que inventar sería descubrir, ni la ley establece aquí precepto alguno semejante al artículo 1.255 y otros del Código civil, ni pueden ser considerados como derechos reales ciertos pactos que a lo más sólo alcanzan a tener trascendencia en perjuicio de tercero como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real. Por consiguiente, concluye ROCA, puede afirmarse que también en nuestro Derecho Positivo viene a regir prácticamente la regla del *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera la regla del *numerus apertus* (14).

Recientemente ALBALADEJO (15) se ha pronunciado de manera rotunda en favor del sistema de *numerus apertus*, no sólo desde el punto de vista de la interpretación del Derecho vigente, sino también en abstracto o desde el punto de vista del Derecho constituyente (*de lege ferenda*). A su juicio, el argumento de que los derechos reales interesan a la Comunidad, y no sólo los particulares que los establecen, no es argumento suficiente para desbancar el sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre los bienes los derechos que apetezca. Señala además el docto profesor, que cabe admitir variantes dentro de los derechos reales tipificados, lo que pone de relieve el enorme fallo de la doctrina *numerusclausista*, pues —se pregunta—, ¿para qué sirve prácticamente el *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales posibles cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de los derechos reales *oficiales* que acogería la ley? Se llega así a la conclusión de que hay aquí un argumento no ya contra la tesis del *numerus clausus*, discusión que concluye ALBALADEJO, habría que suprimir por inoperante en la práctica. Sin embargo, que inoperante en la práctica no es, lo pone de relieve una abundante jurisprudencia hipotecaria que el propio ALBALADEJO recoge con profusión.

Con independencia de lo que más adelante se pueda decir, desde ahora

(14) *Op. cit.*, págs. 336 y ss.

(15) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Barcelona, 1974.

se pueden oponer algunos reparos a los argumentos esgrimidos por ALBALADEJO. El primero de los argumentos es el «sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca» (16). El segundo argumento estaría recogido en el siguiente interrogante: ¿Para qué sirve prácticamente el sistema de *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de derechos reales oficiales que acogería la ley? (17). Los dos argumentos admiten respuesta. Cuando se habla de la «libertad de cada uno para imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca», se está haciendo una afirmación que suscita a su vez nuevas preguntas y nuevas cuestiones. En primer lugar, ¿qué libertad es ésta y dónde se encuentra jurídicamente consagrada dicha libertad? ¿Es la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código civil con los límites de dicho artículo y el efecto relativo que por lo general asigna los contratos del artículo 1.257, o se trata de otra libertad diferente, y en este caso, cuál? ¿Es una libertad que se ejercita mediante un negocio jurídico unilateral? Por consiguiente: ¿es sólo una libertad del propietario, como parece quererse indicar cuando se habla de la libertad de cada uno sobre sus bienes?

En otro sentido, se habla de *imponer* sobre los bienes los derechos que se apetezcan. Pero ocurre que además de imponerse derechos sobre los bienes, los derechos se conceden o se otorgan y se conceden u otorgan con unas correlativas obligaciones o deberes jurídicos a cargo de alguien, que, de algún modo podría resultar obligado sin que su voluntad se hubiera tenido en cuenta. En alguna medida, el argumento de la libertad es engañoso, porque, como en muchos otros aspectos, es libertad para unos y sujeción para otros.

Se puede dar respuesta también a la pregunta de que para qué sirve el *numerus clausus* si casi todos los derechos pensables cabe establecerlos como variantes de los tipos elásticos que la ley acoge. Las ventajas de la tipificación, aunque dentro de ella se admitan elásticas variantes, parecen evidentes. La tipificación 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. Un usufructo, con variantes en su régimen jurídico, será siempre un usufructo, mientras que el producto innominado y nebuloso de una convención puede no llegarse a saber lo que es.

(16) ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 26 y ss.

(17) *Op. cit.*, pág. 27.

Probablemente lo que ocurre es que la cuestión, planteada sobre la alternativa *numerus apertus* o *numerus clausus*, se desenfoca. El problema no estriba tanto en nuestro Derecho en decidir si hay o no hay *numerus clausus*, cuando la lista cerrada no aparece por ningún sitio y las listas que aparecen son abiertas, cuanto en decidir si por *numerus apertus* vamos a entender lo mismo que por ilimitada amplitud de la libérrima voluntad de los particulares o si, por el contrario, esta libertad y esta voluntad están sometidas a algunos límites y cuáles son en su caso estos límites (18). Tiene razón CHICO (19) cuando dice que no es lo mismo tratar de dilucidar si es posible crear algún derecho real aparte de los regulados en el Código que saber si esta posibilidad en caso afirmativo, carece o no de límites, pues son dos cosas distintas determinar si las figuras reguladas por el Código son las únicas posibles y determinar qué límite encuentra en su caso la autonomía de la voluntad. Y es cierto que no es lo mismo, pero es cierto también que una y otra cuestión se confunden constantemente, se involucran y se implican.

Abandonando, pues, el viejo camino del enfrentamiento entre *numerus clausus* y *numerus apertus*, lo que hay que tratar de investigar son los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales, incluyendo en este punto tanto los derechos reales típicos como atípicos.

En alguna medida este camino ha sido intentado por BUENAVENTURA CAMY (20), quien partiendo de que entre nosotros impera efectivamente la idea o sistema del *numerus apertus*, trata de buscar «reglas inspiradoras de un criterio de selección», apuntando las siguientes: 1.º Que lo decisivo ha de ser siempre el contenido real de los negocios jurídicos y de los derechos y no la denominación que a los mismos se dé; 2.º que las promesas de derechos reales no son derechos reales en sí; 3.º que los motivos o intenciones de las partes en los contratos son en principio de carácter obligacional; 4.º que existen limitaciones en la aplicación del sistema del *numerus apertus* como es en particular el respeto debido a las prohibiciones establecidas por las leyes; 5.º que es necesario configurar con claridad el derecho real innominado y 6.º que, como ya se ha dicho, hay que atender al derecho que se constituye para estimarlo como real.

(18) Vid. OTERO, «Derechos posibles con relación a las cosas», *RDP*, 1921, página 262, y «Límites generales en la determinación de los derechos reales», *RDP*, 1922, pág. 95. SERVAT, «Derechos reales y pactos de trascendencia real», *RCDI*, 1948, pág. 750.

(19) CHICO, *Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación*, Madrid, 1974, pág. 119.

(20) CAMY, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1.º, Granada, 1969, páginas 431 y ss.

Desarrollando este último punto, el autor citado señala que los derechos reales innominados no podrán ser nunca formas especiales de propiedad (21), sino que han de ser derechos limitativos del dominio y que tienen necesariamente que recaer sobre cosa ajena, pues en favor del propietario no hay más derecho que el de propiedad. En segundo lugar, señala también que el contenido real de este derecho limitativo en cosa ajena no podrá nunca agotar todas las posibilidades que la cosa pueda prestar y, por último, que ha de ser un derecho de carácter temporal, por virtud de lo dispuesto en el artículo 785, con la sola excepción de las servidumbres respecto de las cuales parece admitirse la perpetuidad.

Por último, hay que señalar que una de las causas que dificulta la solución de nuestro problema consiste en que las mismas funciones económicas y los mismos intentos empíricos que pueden lograrse a través de los derechos reales, pueden conseguirse por medio de relaciones jurídico obligatorias. Ello es especialmente claro en materia de servidumbres y lo es igualmente en lo que se refiere a los demás derechos de uso y disfrute. Piénsese que se puede otorgar a otro un derecho real de usufructo, pero que se puede pactar también una relación jurídico-obligatoria por virtud de la cual le deban ser atribuidos a una persona los frutos y los rendimientos que una cosa produzca. Ello significa, a nuestro juicio, que un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de un derecho real, cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva de un derecho real típico y que sólo se deberá excluir el carácter real del derecho constituido cuando así permita entenderlo a la voluntad de las partes. Por ejemplo: si se constituye un usufructo, deberemos entender que se trata de un típico derecho real de usufructo, a menos que otra sea la voluntad de las partes de configurar el usufructo como velación obligatoria. En cambio, si se trata de una figura atípica, parece que el criterio hermenéutico debe ser cabalmente el contrario. Por regla general, la figura atípica deberá considerarse como meramente obligacional y sólo si se dan los requisitos necesarios para ello podrá entenderse que constituye un derecho real.

3. *Examen de la cuestión y la luz de los preceptos legales y reglamentarios vigentes.*—En favor del sistema del *numerus apertus* se pueden esgrimir argumentos de mucho peso. En primer lugar, se ha dicho que la autonomía de la voluntad se encuentra recogida con el carácter de un principio general del derecho en el artículo 1.255 del Código civil

(21) CAMY, *op. y loc. cit.*, págs. 432 y ss.

y que no se ve razón alguna para entenderla excluida en el caso que nos ocupa. El precepto legal citado permite una amplia libertad contractual que hace posible que mediante contrato se creen figuras jurídicas diferentes de las que determinadamente se encuentran establecidas por la ley. El argumento, sin embargo, no es decisivo. Aun sin limitar la autonomía al campo estricto de los contratos y estimándola aplicable a todo el derecho patrimonial, la autonomía no es más que una autorregulación de intereses. Por consiguiente, permite que los interesados establezcan reglas o preceptos que doten de contenido a sus internas relaciones jurídicas. El artículo 1.255 está casi inmediatamente seguido por otro texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. La atribución de contenido real a un pacto, cláusula o contrato significa precisamente todo lo contrario, esto es, hacer obligatoria respecto de terceros la regla o el estatuto contenido en el negocio. Desde este punto de vista, lo que ALBALADEJO llama la libérrima voluntad del propietario para constituir sobre sus bienes los derechos que le plazcan, significa la concesión al propietario de un poder de ordenación del régimen jurídico, de la disciplina o del estatuto de esos bienes quienesquiera que sean en el futuro sus poseedores o nuevos propietarios. Y, si no hay duda en punto a que ese propietario puede vincularse contractual y obligatoriamente con otra u otras personas su poder de fijación *erga omnes* del objetivo estatuto jurídico suscita mayores dudas. ¿Con qué alcance? ¿Con qué duración?

En segundo lugar, se señala también que nuestro Código civil concede una amplia autonomía a los particulares para modificar a su gusto el contenido o el régimen jurídico de los derechos reales típicos. Así, por ejemplo, el artículo 467 permite que el título de constitución de un usufructo confiera a este derecho un alcance distinto del establecido por la ley (p. ej., usufructo con facultad de disposición del dominio en favor del usufructuario); el artículo 523 ordena que las facultades dimanadas de un derecho real de uso o del derecho real de habitación se regulan por el título constitutivo; el artículo 594 permite que todo propietario de una finca 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 (cfr. art. 530 y 531), de manera que a través del artículo 594 puedan encauzarse todas las formas de parcial utilización de los fundos ajenos; y finalmente, el artículo 392 estatuye que el con-

trato es la fuente primera de la reglamentación de la comunidad de bienes y que la comunidad sólo se rige por las prescripciones del correspondiente título del Código civil (arts. 392-406) a falta de contratos. Cabe, pues, una amplísima libertad de los interesados para perfilar a su arbitrio todas las formas de condominio y de cotitularidad de derechos reales.

Frente a todo lo anterior, se puede, sin embargo, replicar y se replica que una cosa es la introducción de variantes o de modificaciones en el contenido o en el régimen jurídico de los derechos reales típicos y otra cosa distinta es la creación de derechos completamente atípicos. Para lo primero, la ley presta un marco, que ciertamente es lo suficiente amplio y flexible. Para lo segundo, en cambio, falta por completo el marco legal.

Se puede añadir también que una cosa es introducir variantes en un derecho real típico, que presupone ya una calificación, un ajuste del supuesto de hecho con el tipo y una valoración del ordenamiento sobre la conveniencia jurídico-política de la protección real y otra cosa distinta es la constitución de un derecho real atípico donde aquellas circunstancias faltan. Del hecho de que la ley otorgue poder a los particulares para modificar los tipos legales, no se puede seguir necesariamente la libertad de creación de figuras atípicas.

Como ninguno de los preceptos que hasta ahora hemos citado resulta decisivo, la doctrina suele acudir, para encontrar resuelta la cuestión en favor del *numerus apertus*, a los artículos 2.º, 2, de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento de dicha Ley. El artículo 2.º, 2, L. H. dice que en el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera* reales». Más contundente es todavía el artículo 7.º R. H., según el cual conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º 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 pacto o contrato que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales. Parece claro que el artículo 2.º, 2, L. H., con la fórmula de «*otros cualesquiera* derechos reales» está impidiendo el carácter cerrado de este tipo de derechos y que, por su parte, el artículo 7.º R. H. distingue los derechos reales que se mencionan en la ley (derechos reales típicos), otros derechos de la misma naturaleza (derechos reales atípicos) y los pactos y contratos de trascendencia real que

carecen de nombre propio en derecho (negocios reales innominados).

Tras la dicción literal de los artículos 2.º L. H. y 7.º R. H., parece evidente que hay que admitir en nuestro Derecho positivo la doctrina del *numerus apertus*. Sin embargo, tal vez cupiera objetar que los preceptos hipotecarios que analizamos no tienen como finalidad propia decidir si el sistema legal de derechos reales es abierto o cerrado, sino declarar únicamente cuáles se inscriben en el Registro. Lo que en rigor dicen la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al Código civil, por donde la cuestión queda sin resolver.

4. *La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.*— Suele decir nuestra doctrina que aunque no decididamente, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha parecido en algún momento inclinarse en favor de la orientación del *numerus clausus*, por lo menos para introducir en la doctrina del *numerus apertus* algunas limitaciones y algunas cortapisas. Así, se ha dicho que la doctrina comprendida en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y con los efectos de un derecho real (Res. de 11 de abril de 1930); que a pesar de la notable influencia de la doctrina del *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 (Res. de 21 de diciembre de 1943); y que, aunque la legislación vigente no contiene una categoría agotadora de derechos reales y, por consiguiente, pueden los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley y modificar éstos, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos.

El estudio de una jurisprudencia, sin embargo, como en tantas otras ocasiones, no debe limitarse en el puro recordatorio o a la simple cita de las máximas de carácter abstracto y general, sentadas por el órgano jurisdiccional. Para tratar de comprender las cuestiones que están implicadas en el tema que estamos tratando de analizar, habrá que intentar aclarar cuáles han sido los supuestos conflictivos, ensayar una clasificación de las hipótesis donde el problema de la naturaleza real o no real de un derecho pudieran plantearse, y tratar, finalmente, de averiguar

cuáles son los especiales «requisitos de fondo y forma» que exige la especial naturaleza de los derechos reales.

1.º En la Resolución de 11 de abril de 1930 (22) se examinaba una escritura por virtud de la cual permitía el propietario la ocupación de unos terrenos como elemento auxiliar de explotación de unas minas enclavadas dentro del perímetro de tales terrenos, minas que llevaba en arriendo el otro contratante. Por virtud del contrato, se facultaba al arrendatario de las minas no sólo para ocupar los terrenos, sino también para llevar a cabo en ellos labores de rozas y aperturas de pozos, así como para establecer medios de comunicación y transporte y construir edificaciones.

Presentada la escritura para su inscripción en el Registro, se denegó la inscripción por no aparecer determinadas cuáles eran las minas beneficiarias del pacto, ni cuál la extensión de los terrenos que podían ser ocupados. La Dirección General de Registros estableció la máxima que más arriba transcribimos, pero no lo hizo sin una cierta perplejidad. En algún momento parece admitir que por virtud de la escritura se podía entender constituida una servidumbre, si bien señala que esta servidumbre tendría que ser predial, en favor de las minas, y no personal, en favor del arrendatario de ellas. La razón final por la que se acuerda la no inscripción es que «la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad ni justificar la creación de tipos contradictorios de servidumbres».

2.º En la Resolución de 23 de noviembre de 1934 (23), se trataba de una escritura de compraventa, en la que se había estipulado la obligación de los compradores de destinar el sótano y la planta baja de un edificio a usos industriales y, además, la obligación de que el 80 por 100 de los operarios o empleados en los trabajos fueran naturales del pueblo. Se denegó también la inscripción del pacto y la Dirección General de Registros, tras destacar que la inscripción ofrecía graves dificultades por el carácter excepcional de la obligación impuesta a los propietarios sirvientes, señaló que en la escritura se creaba «una figura especial de dudoso carácter real, porque no parecen concurrir en ella las características privativas de los derechos reales» y que «la restricción establecida al ejercicio de las facultades dominicales de los adquirentes» permitiría con dificultad situar la figura de que se trata entre los derechos reales limitativos del dominio y acaso entre las servidumbres personales a que

(22) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral*, vol. VII, Barcelona, 1953, pág. 44.

(23) *Ibíd.*, pág. 578.

se refiere el Código civil y si ello no constituiría obstáculo para lograr la inscripción en el Registro en sistemas más progresivos como el alemán, ofrecería graves dificultades en el nuestro por el carácter excepcional de la obligación de hacer impuesta a los propietarios sirvientes, la indeterminación de los titulares, el objeto de la convención, y el momento en que se pactaron las referidas estipulaciones.

3.º En la Resolución de 13 de mayo de 1936 (24), el objeto de examen era una escritura en la que se había pactado que durante un plazo indefinido de tiempo, a voluntad del acreedor, la deudora tendría que transmitirle a aquél en pago de su deuda unas concretas fincas. Se decidió que no había pacto o derecho real y que, por tanto, no era inscribible la escritura. En este caso, la Dirección General de Registros dijo que «los derechos reales conceden una relación inmediata con las cosas, con protección *erga omnes*, sin necesidad de intermediarios, y están sometidos en algunas legislaciones al régimen de *numerus clausus*, criterio contradicho por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (se refiere, naturalmente, al Reglamento vigente en aquella época), si bien tiene reiterada la jurisprudencia de este Centro directivo que ello no puede autorizar la constitución de cualquier relación jurídico inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble.

4.º Resolución de 1.º de marzo de 1939 (25). Se trataba de la compra por una sociedad anónima de una finca a cambio de una renta vitalicia a favor del vendedor, que quedaba asegurada con la propia finca. El Registrador denegó la inscripción por entender que se constituía una carga real, que no se determinaba, ni se desenvolvía, con arreglo a la legislación hipotecaria. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, entendiendo que se constituía un derecho real que merecía amparo a tenor de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria. La Dirección General—en aquellas fechas llamada Servicio Nacional—se mostró partidaria del criterio del Registrador, diciendo que, aunque la legislación vigente no contiene categoría agotadora de derechos reales, pudiendo los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley y modificar desde luego o en lo futuro algunas facultades del dominio, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que los hacen trascender a los terceros extraños al

(24) *Ibid.*, pág. 812.

(25) *Ibid.*, pág. 970.

negocio y siempre las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro.

5.º Resolución de 25 de febrero de 1943 (26). Se examinaba la renuncia de un fiduciario a sus derechos sobre los bienes sometidos a una sustitución fideicomisaria condicional establecida en favor de los hijos que el fiduciario tuviera a su fallecimiento y se trataba de decidir si dicha renuncia consolidaba o no los derechos de los fideicomisarios, inscribiendo a favor de éstos la plena titularidad de los bienes como si la renuncia se equiparara al fallecimiento.

En esta Resolución, en el tema que a nosotros nos interesa ahora, la Dirección General de Registros se limitó a decir que «sin necesidad de entrar en la discusión sobre la conveniencia de que las titularidades amparadas por el Registro de la Propiedad reúnan ciertos requisitos y aparezcan bien determinadas en sus contornos, para impedir que la sola voluntad de los interesados pueda autorizar la constitución arbitraria de cualquier relación jurídico-inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real», es lo cierto que la doctrina admite diferentes grupos de éstos y entre ellos el derecho real que corresponde al fiduciario.

6.º Resolución de 21 de diciembre de 1943 (27). De nuevo se trataba de una renta vitalicia considerada por las partes como carga real del inmueble transmitido a cambio de dicha renta. En esta ocasión, manteniendo un criterio similar al de ocasiones anteriores, la Dirección General de Registros dijo que el contrato de renta vitalicia no tiene en nuestra legislación carácter real; que la analogía con los censos es más aparente que real (pues en los censos existen el derecho de abandono, la perpetuidad, la redimibilidad, etc.); y que la única figura de renta vitalicia como carga real es el llamado censo vitalicio, no recogido en el Código civil. Como doctrina general establece la Dirección General de Registros en esta fecha lo siguiente: «la doctrina del *numerus apertus* tampoco es de aplicación, porque a pesar de su indudable influencia 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 su deber de calificación, favorece los cálculos de los terceros adquirentes y evita la creación de derechos innominados y ambiguos».

7.º Resolución de 4 de mayo de 1944 (28). Se trataba de una escritura compleja, que los interesados habían llamado de compromiso y que se discutía si era un precontrato o una promesa. En ella, dos

(26) *Op. cit.*, VIII, pág. 252.

(27) *Ibid.*, pág. 490.

(28) *Ibid.*, pág. 468.

sociedades anónimas preveían la constitución de una futura sociedad y consignaban determinados beneficios en favor de uno de los administradores de una de ellas. Entre estos beneficios se citaba el «usufructo de un vertedero», para que el beneficiario disfrutara sus rentas, frutos y productos, sin tener otra obligación que ceder los terrenos a medida que se fueran necesitando para una construcción que se proyectaba.

Denegó el Registrador la inscripción del llamado «usufructo del vertedero» y la Dirección General confirmó el criterio señalando que para inscribirlo como derecho real hubiera sido necesario fijar sus condiciones, extensión y demás notas características.

8.º En la Resolución de 27 de marzo de 1947 (29) se trataba de un derecho de adquisición de un inmueble, establecido con carácter condicional. Se había vendido una finca urbana dedicada a almacén, calle de Maestranza, 30, y en la escritura de venta se había estipulado que si el vendedor vendía en el futuro otra finca colindante con la anterior y el comprador le exigía comprar también la que en aquel momento se vendía, el comprador actual vendría obligado a volverle a transmitir la finca que compraba con un aumento del precio de venta fijado. Para el caso de que doña María Rolandi, o sus herederos, tuviesen que vender la casa número 1 de la calle de Mariano Sainz y el comprador o compradores les exigiesen la adquisición de la casa-almacén que se transmite en esta escritura al señor Bonmate, viene obligado dicho señor, o en su caso sus herederos, a ceder a la señora Rolandi o a los suyos la expresada casa-almacén con un aumento del precio de venta que no excediese del 16 por 100.

Se había inscrito el pacto en el Registro y se ordenó su cancelación. Se descarta la posible analogía que pudiera guardar la relación jurídica analizada con el retracto convencional y, tras interpretarse el contrato, se llega a la conclusión de que las partes se «limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas y a sus herederos afectaba», por lo que «los posteriores adquirentes del inmueble debían verse libres de sus trabas y restricciones y desligados en absoluto de sus consecuencias». Tampoco existía un derecho de opción, que, aun cuando no se hallaba entonces regulado en nuestro régimen hipotecario (como inmediatamente después hace el art. 14), podía ser admitido al amparo de la doctrina del *numerus apertus*. Al concluir su exposición la D. G. R. dice que este tipo de modalidades sólo debe tener pleno acceso al Registro cuando revistan trascendencia real y, que, «aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de selección para sepa-

(29) *Ibid.*, vol. VIII, pág. 761.

rar lo relativo al derecho obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable que la nueva L. H. reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales»; y que «la legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder el alcance real a pactos que no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones, ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados.

9.º En la Resolución de 27 de octubre de 1947 (30) se establecieron en beneficio de una finca servidumbres de paso, luces y vistas y se concedieron ciertos derechos a la titular del predio dominante, conforme a los pactos de la escritura, de los cuales resultaron luego discutidos dos de ellos, por los que se le facultaba para abrir en la pared que separaba la parcela de un pasaje o corredor toda clase de huecos, ventanas y balcones y toda clase de servidumbres de luces y vistas de las dimensiones que estimara procedentes y, además, para cubrir el pasaje o pasillo (de propiedad ajena) desde la altura del primer piso en una longitud de 18 metros y edificar sobre esta cubierta uno o más pisos que se reconocían como de la exclusiva propiedad de la beneficiada.

El Registrador denegó la inscripción de ambos pactos, el primero, relativo a los huecos y ventanas por falta de determinación, y el segundo, relativo a la cobertura del pasaje y edificación sobre él, por no determinarse la naturaleza, extensión y condiciones del derecho.

La Dirección General confirmó el segundo de los defectos apuntados y desestimó el primero. Admitió que la autorización concedida en la escritura para cubrir una parte del pasaje y edificar sobre la cubierta constituía un derecho con analogía respecto al derecho de superficie, pero que el silencio de las partes acerca del alcance y de los efectos del derecho constituido no podía suplirse, por faltar un régimen legal específico en nuestro ordenamiento jurídico; y que tampoco debía calificarlo como servidumbre, inscribible a merced de la doctrina del *numerus apertus*, porque ello implicaría olvido de la orientación adoptada por la jurisprudencia del Centro directivo, según la cual, no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbres ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existían en la escritura de referencia.

10.º En la Resolución de 7 de julio de 1949 (31) se trataba de

(30) *Ibíd.*, pág. 789.

(31) *Ibíd.*, pág. 864.

una escritura de venta de una finca en la que era condición del contrato que el edificio o edificios que se construyeran en la finca vendida habían de estar destinados a seminario diocesano o a una institución docente de carácter similar, a no ser que algún caso de expropiación forzosa dejase alguna parte de la finca inservible para la obra de conjunto. La escritura se había inscrito con ese pacto y años más tarde el Obispo de la diócesis pretendía la cancelación, lo que denegó el Registrador con base en que, si bien la cláusula no tenía carácter de derecho real, ni de condición resolutoria del contrato de compraventa, no podía considerarse como mención de un derecho personal, que pudiera cancelarse al amparo del artículo 98. El Presidente de la Audiencia declaró cancelable la cláusula o condición y la Dirección confirmó este criterio.

Dice la Dirección en esta Resolución que «los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad, y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa naturaleza real, que revisten los caracteres de los derechos de crédito», «dudas que se aumentan—añade—porque nuestro Código civil ni enumera decididamente qué derechos son reales, ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido y porque el vigente sistema hipotecario es de *numerus apertus*». Se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los partícipes en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligatorio.

11.º En la Resolución de 31 de mayo de 1951 (32) se estudiaba una escritura de renta vitalicia en la que se transmitía el pleno dominio de un inmueble a cambio de una renta y se estipulaba una cláusula por virtud de la cual, en caso de incumplimiento de la obligación del pago de la renta, revertiría a la constituyente la nuda propiedad de dicha finca. Se declaró no inscribible por ser contradictoria con el carácter aleatorio y el régimen legal del contrato, especialmente del artículo 1.805 del Código civil que no consiente que el perceptor de la venta vuelva a entrar en posesión del predio cuyo dominio transmitió, porque se trataba de una «figura innominada de derecho real de contornos borrosos, desprovisto en absoluto de carácter compensatorio por lo infructífero de la nuda propiedad transmitida, cuyos efectos excederían de la obligación que se pretendía asegurar», concluyendo la Dirección que «aun con el sistema de *numerus apertus*, que inspira nuestra legislación, no se reputa admisible por ser contraria a la equidad y rayar con la

(32) *Op. cit.*, vol. IX, Barcelona, 1967.

prohibición del artículo 1.116 del Código civil, para las condiciones en general, toda vez que su naturaleza comisoria no se aviene con los contratos unilaterales.

12.º Resolución de 19 de mayo de 1952 (33). En una escritura de venta de una finca, los vendedores decían que su hija, que ocupaba la finca como precarista, había contribuido con sus padres a construir una casa en ella, con sus cuadras, alpende, pozo y lavadero. La venta era total sin excepción ni reserva, estipulándose que no se consideraban incluidos en la venta los derechos o indemnizaciones que pudieran corresponder a la hija en razón de las obras y las cantidades que por tales conceptos hubiera de recibir, que le serían satisfechos por el comprador.

El Registrador suspendió la inscripción por no constar el consentimiento de la hija a quien se le concedían derechos, pero la Dirección General revocó aquel criterio. Dice la Dirección General que fue una de las esenciales aspiraciones de la última reforma hipotecaria discriminar mediante la calificación registral los derechos reales y figuras afines con tal carácter, de aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional cuyos efectos se limitan a las relaciones interpartes y que el Registro no debe amparar los derechos de quienes descuidaron su protección, así como que no es aceptable el criterio fundado, para denegar la inscripción, en posibles daños o lesiones de un derecho de crédito nacido de la edificación o la preocupación de evitar posibles enriquecimientos injustos.

13.º Resolución de 29 de marzo de 1955 (34). En virtud de una transacción, el Duque de Alba adjudicó en pago de un crédito a un señor de Lema unas determinadas fincas. Ya propietario, este señor, para satisfacer otros créditos del mismo deudor y en virtud de la transacción, reconoció a otros tres acreedores unas participaciones, que se cifraban en sus porcentajes, «en el líquido de las rentas y de las ventas de dichos cortijos». Estas participaciones y sus titulares se mencionaron en las inscripciones registrales y se fueron transmitiendo a diferentes personas.

Al señor de Lema le heredaron el Ayuntamiento de Madrid y la Diputación Provincial de La Coruña, quienes vendieron los cortijos al Instituto de Colonización, que retenía una parte del precio hasta que se cancelaran las cargas. Pidió esta cancelación la Diputación Provincial de La Coruña alegando que eran derechos personales y el Registrador

(33) *Ibid.*, pág. 125.

(34) *Ibid.*, pág. 328.

lo denegó entendiendo que no eran menciones sino inscripciones y que se trataba de propios derechos reales.

La Dirección General revocó el criterio y acordó la cancelación, diciendo que «para decidir la dificultad que ofrezca la determinación concreta del alcance real o personal de un derecho subjetivo debe atenderse a los elementos y características constitutivas del mismo» y que en este caso cualquiera que fuera la semejanza con la figura del censo consignativo, ello no tenía virtualidad para poder modificar la verdadera naturaleza del derecho personal, ni debía tampoco servir para eludir la pertinente aplicación del artículo 98 L. H. al amparo de la libertad y del sistema de *numerus apertus* de nuestra Ley Hipotecaria.

14.º En la Resolución de 1 de agosto de 1959 (35) se trataba de una escritura pública en la cual la propietaria de una finca hacía constar que la existencia de una barandilla colocada alrededor de la azotea del inmueble, en el linde con la finca contigua, no constituiría en ningún caso servidumbre de vistas, ni impediría al dueño o dueños, sea quienes fueran, en cualquier momento que lo tengan por conveniente, levantar a lo largo de dicha linde, pared o muro que impidiera la vista que hoy permitía dicha barandilla. La escritura no se inscribió en el Registro por denegar el Registrador la inscripción e interpuesto el recurso la Dirección General confirmó el criterio del Registrador. Dice la Dirección General en esta Resolución que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria declara inscribibles en el Registro los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen, o extingan derechos reales, «inspirándose en el criterio del *numerus apertus*, desarrollado por el artículo 7 del Reglamento, aunque circunscrito a los «pactos con trascendencia real», añadiendo más adelante que la escritura sometida a análisis y a debate «no configura un derecho que reúna los requisitos y caracteres de los derechos reales sobre cosas inmuebles», sino que más bien contenía una declaración unilateral obligatoria, sin trascendencia real, que para ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el artículo 7.º R. H. tropieza con la reiterada doctrina de la jurisprudencia de este centro directivo, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real.

15.º Por último, es digna de citar la Resolución de 20 de septiembre de 1966, recaída sobre la constitución condicional de un derecho de tanteo.

Dice así esta resolución:

(35) *Op. cit.*, vol. IX, pág. 728.

«Si bien el Registro no puede recoger los derechos de naturaleza personal, por lo que es ardua la labor calificadora para indagar si el derecho es personal o real en distintos supuestos, y aunque nuestra legislación hipotecaria se basa en el sistema de *numerus apertus*, ha habido necesidad de restringir la libertad de estipulación para que no pueda atribuirse naturaleza real a toda condición que no reúna los requisitos típicos de estos derechos.»

Ello sin embargo, la resolución aludida señala que en el caso examinado habría de admitirse como de naturaleza real un derecho de tanteo similar al regulado por varias normas legales, aunque en el pacto constitutivo se amplíe el campo de actuación del mismo extendiéndolo a las transmisiones gratuitas y a las permutas, dado que en el caso examinado han sido superados los posibles obstáculos para ello, pues se concede al titular una facultad *erga omnes* y no simple derecho de crédito, el precio no se fija de antemano, sino que se deja al criterio de un tercero que se designa, se estipula un plazo preciso y breve para el ejercicio de tal derecho, se limita éste a la primera transmisión y aun ello dentro de los límites establecidos por el artículo 781 del Código civil y, por último, con tal derecho se facilita el cese de una situación de indivisión, de manera que debe concluirse que existe un interés legítimo para crearlo.

El examen de la jurisprudencia registral, que hemos llevado a cabo en las páginas anteriores, parece detectar que, como más arriba dijimos, el problema no estriba tanto en decidir si el número de derechos reales en nuestro Derecho positivo es abierto o cerrado, cuanto en buscar los auténticos límites de la voluntad y de la libertad individual al respecto. La voluntad individual puede efectivamente crear nuevos tipos de derechos reales, pero ha de hacerlo sujetándose a unos cauces y dentro de unos determinados límites. La cuestión consiste en averiguar cuáles son estos límites. Desde esta perspectiva, una relectura de las resoluciones permite entresacar de ellas las siguientes máximas: *a)* La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; *b)* hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros; *d)* las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas porque facilitan la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos;

e) para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.

Esta entresaca es muy somera, pero de ella se pueden extraer, por el momento, algunas conclusiones. En primer lugar, que no basta la sola voluntad y que la voluntad ha de llenar unos requisitos. En segundo lugar, que dentro de esos requisitos, hay algunos que son de objetiva determinación, puesto que se deben señalar todas las características externas que los derechos reales deben llenar. En otro sentido, que así como la voluntad en materia de obligaciones está sometida a un control social por la vía de la exigencia de unos presupuestos causales, también lo está la voluntad creadora de derechos reales, que debe fundarse en un interés serio y legítimo y debe tratar de cumplir una función económica social, para la cual el derecho real sea necesario.

Por último, se observará también que entran en el juego razonamientos y argumentaciones que son de política general, de política jurídica, y de política económica. La tesis del *numerus clausus* parece fundada en el principio de libertad fundiaria y de libertad del comercio de la tierra, que trata de impedir la amortización de la propiedad, de evitar la multiplicación de cargas y gravámenes y de facilitar el comercio de las propiedades y los cálculos de los adquirentes, esto es, un interés social general, frente a los intereses concretos en que puede fundarse la constitución del derecho real, todo ello naturalmente, dando por supuesto que la libertad de comercio constituye un *desideratum*.

5.—*Los normales campos de incidencia del problema de los derechos reales atípicos y de la creación de situaciones jurídicas con efectos o trascendencia real.*—El examen que hemos hecho en las páginas anteriores nos permite situar, creemos que más certeramente, el problema de la posible creación de derechos reales atípicos o cuestión tradicional del *numerus clausus* o *numerus apertus* de derechos reales. Contra lo que creen algunos autores modernos, y señaladamente ALBALADEJO, no es una mera cuestión académica desprovista de sentido, sino que es una cuestión que posee evidentes reflejos de orden público. Lo que ocurre es que seguramente lo que hay que hacer es colocar su planteamiento en sus verdaderas perspectivas. No se trata tanto de discutir la mayor autonomía de la voluntad individual, cuanto de decidir si el negocio o precepto de autonomía privada exigida por éste posee o no trascendencia real. La consecuencia práctica inmediata de ello es la decisión en orden a la inscribibilidad de los pactos o cláusulas en el Registro de la Propiedad, cuando afectan a bienes inmuebles, pues el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario ordena la inscripción de los actos y contratos de trascendencia real, mientras que el artículo 9.º declara que no son ins-

cribles «la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general, cualesquiera otras obligaciones o derechos personales». Una cuestión subsidiaria de la anterior será la de la cancelación registral, cuando por una u otra razón tales derechos aparezcan inscritos en el Registro o hayan tenido acceso a él.

El repaso que en las páginas anteriores hemos hecho de la jurisprudencia registral permite sostener que los puntos de tensión más importantes—sin perjuicio de que puedan existir algunos otros—, son los siguientes:

1.º Los pactos o cláusulas en que limitan o modifican facultades que *prima facie* parecen inherentes al derecho del dominio. Pueden ser prohibiciones de enajenar o limitaciones de las facultades dispositivas, limitaciones en orden a la facultad de fijación del destino económico de las cosas o limitaciones en las facultades de explotación o de aprovechamiento.

El problema que plantean todos estos pactos o cláusulas es que pueden ser concebidos como un gravamen de la propiedad, que produce en ella privaciones o compresiones de su normal contenido y que, por consiguiente, provoca el que el gravamen tenga que ser soportado por los terceros adquirentes, en cuanto que a ellos pasa la propiedad ya amputada o recortada. Y que pueden entenderse también como puras obligaciones que comportan únicamente una prestación, positiva o negativa, del propietario en orden al futuro ejercicio de su derecho de propiedad, que, en cuanto tal derecho, no queda disminuido.

2.º Formas de parcial utilización de bienes ajenos. Por ejemplo: utilización parcial del terreno para servicio de una mina, extracción de una parte del caudal de unas aguas, etc.

Este tipo de convenciones pueden dar origen a una servidumbre, predial o personal, o pueden permanecer en la categoría de las simples obligaciones.

3.º Formas especiales de derechos de adquisición, distintas de aquellas que poseen en nuestro ordenamiento su carácter típico, como pueden ser los derechos de retracto de origen legal, el retracto de derecho convencional y el derecho de opción de compra. Por ejemplo, compromiso de adjudicar en pago en lo futuro un inmueble a requerimiento del acreedor; compromiso convencional de que el comprador restituirá al vendedor el terreno comprado, si este último lo necesita; atribución testamentaria, a determinados parientes del testador, de un derecho de

adquirir los bienes hereditarios si el heredero o legatario decidiera venderlos.

También en estos casos la cuestión consiste en que estos pactos o cláusulas pueden dar origen a una doble construcción teórica como es la que les concede efectos interpartes, sometiendo el derecho a reclamar la venta a las reglas de las obligaciones y contratos y la que las concibe como un estado jurídico con trascendencia real o gravamen, que se impone tanto a las partes estipulantes como a los terceros adquirentes y subadquirentes del bien.

6.—*Los límites del poder de creación individual en materia de derechos reales: voluntad, determinación, forma, publicidad y causa.*—Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar. Hasta que el derecho de superficie fuera recogido en el Reglamento Hipotecario y en la Ley del Suelo constituía un derecho real atípico y, sin embargo, podía ser establecido con efectos reales.

La cuestión no radica, por consiguiente, en decidir si existe o no existe autonomía de la voluntad para establecer derechos reales atípicos o para modificar los típicos, sino—como hemos dicho ya varias veces—en saber bajo qué límites y en qué condiciones aquella autonomía de la voluntad puede eficazmente desplegarse. El problema ha sido entrevistado en la doctrina y en la jurisprudencia, pero por regla general aparece tanto en una como en otra poco desarrollado. Para ALBALADEJO «la libertad de establecer derechos reales no se trata de que carezca de todo límite, sino que sólo tenga los que sean necesarios, pero no que su limitación consista en suprimirla» (36), afirmación exacta que, sin embargo, no se desarrolla después, porque no se nos aclara cuáles son estos límites que se estiman necesarios.

Ha tratado de profundizar en el tema, aunque tal vez sin llegar demasiado lejos SANTOS BRIZ (37). Para este autor, el artículo 7.º R. H. señala 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. Otra limitación—añade este autor—implícita en el ordenamiento, y que la doctrina obtiene de las limitaciones establecidas para la creación de derechos de obligación, es que el presunto derecho real innominado no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código civil), ni contrario al principio de buena fe (arg. art. 1.258).

(36) *Op. cit.*, págs. 26 y ss.

(37) SANTOS BRIZ, *Derecho de Cosas*, Madrid, 1973.

En la jurisprudencia registral hemos visto también asomar algunas de estas ideas limitativas, cuando se negaba el efecto real o la trascendencia real y la inscribibilidad en el Registro a determinadas figuras porque no existía en ellas determinación del objeto, porque se faltaba a la ley, porque no había interés serio y legítimo o por otras razones igualmente limitativas.

Todo ello nos lleva a pensar que el problema hay que plantearlo en diferentes niveles.

a) *La voluntad individual y sus límites genéricos.*—Tiene razón 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 1.255 para todo el fenómeno de la autonomía privada. Es claro que los pactos, las cláusulas y las condiciones de los negocios jurídicos, sean éstos creadores de puras obligaciones o creadores de derechos reales, no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

La contradicción con las leyes provocaría evidentemente un negocio ilegal o ilícito, carente de efectos jurídicos, que, por consiguiente, por su propia invalidez quedaría fuera de cuestión. Mayor importancia teórica tiene saber si la moral y el orden público, como límites genéricos de la autonomía privada, pueden encontrar algún reflejo en materia de creación de derechos reales.

Para SANTOS BRIZ el límite moral y el orden público significan que el derecho real innominado que se cree, no ha de deberse al mero capricho, ni ser una artificiosa construcción, sino que ha de venir provocado para satisfacer evidentes necesidades jurídicas y económico-sociales o impuesto por el desarrollo en determinados sectores de la economía o por disposiciones legislativas vigentes aunque no sea en ellas expresamente declarado como tal.

En la jurisprudencia registral se han utilizado a veces criterios de política económica, amparables bajo la generalidad del concepto de orden público, entendido éste como orden público económico, para denegar efectos reales a determinadas disposiciones negociales. Así, la idea de la libertad de la propiedad o la idea de impedir su amortización. Así, en la Resolución de 4 de enero de 1927 contra la admisión como derecho real de un determinado tipo de derecho de adquisición preferente se dijo que había clarísimas razones como eran: los vínculos que ello impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; y el que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre.

b) *La voluntad negocial: voluntad negocial expresa y voluntad negocial no manifestada como problemas de interpretación.*—Cuando se plantea el problema del *numerus clausus* o del *numerus apertus* de derechos reales y la posibilidad de creación de derechos reales atípicos, la cuestión se mira casi siempre como un problema de pura voluntad. Así, 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». Aunque admitiéramos que es así, y sobre ello volveremos más adelante, el tema de la voluntad presenta más complejidad y más matices. Ya a primera vista cabe separar dos hipótesis, como son aquella en que la voluntad negocial se ha manifestado expresamente como voluntad de constituir un derecho real o un derecho con efectos reales (v. gr., se constituye un derecho de preferente adquisición y expresamente se manifiesta que se quiere que tenga efectos reales), y aquella otra hipótesis en que las partes se han limitado a manifestar sus aspiraciones y a darles cauce, sin puntualizar si los efectos que quieren o que buscan, han de ser o no reales.

Dejando por el momento de lado la primera hipótesis, convendrá pensar en la segunda, mucho más frecuente en la práctica, que es una cuestión de interpretación o, si se prefiere, de interpretación integradora. En este orden de cosas, parece que la tradición de nuestra jurisprudencia registral está por lo menos en favor de la idea de que la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales y favorecedora de los efectos puramente personales y obligatorios. Ello significa, dicho de una manera rápida y escueta, que en la duda hay que inclinarse por el carácter puramente obligacional del derecho negocialmente creado.

c) *La necesidad de plena determinación objetiva del derecho real o principio de especialidad.*—La perfecta constitución de un derecho real pleno exige muy específicas condiciones de determinación, que han de referirse al objeto sobre el que el derecho recae y que han de referirse también a aquellos elementos de su contenido, necesarios para el pleno desarrollo o desenvolvimiento del derecho como derecho real. Es evidente que si no hubiera en absoluto determinación, el negocio carecería incluso de las condiciones necesarias para poder crear una relación obligatoria (*cfr.* art. 1.273 del Código civil). Sin embargo, entre la determinación que se exige para la existencia y eficacia de un contrato y la más perfilada determinación que exige el derecho real, existe alguna distancia. Puede, por ello, ocurrir que el negocio jurídico cumpla las exigencias de determinación propias de un negocio con efectos obligatorios, pero que no cumpla, en cambio, aquellas precisas circunstancias que son necesarias para que se dé la especialidad de los derechos reales.

En particular, por lo que se refiere a las situaciones jurídico-reales, para su inscripción en el Registro de la Propiedad es claro que han de llenarse las condiciones de determinación que imponen los artículos 9.º L. H. y 51 R. H. La jurisprudencia registral, al enfrentarse con la calificación de determinadas hipótesis como derechos reales o como derechos personales, ha hecho con frecuencia hincapié sobre este requisito. El carácter de derecho real o, más exactamente, la inscribibilidad, se han negado en ocasiones por falta de determinación del inmueble o de los requisitos necesarios para la efectividad del derecho o por las dificultades que el desenvolvimiento judicial o extrajudicial del derecho presentaría a causa de los factores de indeterminación.

d) *Los requisitos de forma y de publicidad.*—La plena efectividad o el pleno advenimiento a la existencia de un derecho real exige unas también muy especiales condiciones de forma y de publicidad. Según el artículo 1.280, 1.º del Código civil deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Es cierto, como sabemos, que la falta de la escritura pública no puede servir para negar existencia y la realidad de un contrato. El contrato existe siempre que concurren los requisitos necesarios para su validez. Cualquiera que sea la forma en que el contrato se haya celebrado, las partes disponen de una acción para obligarse recíprocamente al otorgamiento de la escritura. Como dice el artículo 1.279, «para compelerse recíprocamente a llenar aquella forma». Sin embargo, parece bastante claro que un contrato o negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura pública sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio, en el orden de los derechos reales inmobiliarios.

La situación es parecida por lo que se refiere a las condiciones de publicidad, que son presupuesto de la oponibilidad del negocio respecto de terceros. En materia de derechos reales inmobiliarios puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real. Por lo que se refiere a los bienes muebles, la publicidad formal se encuentra sustituida por la publicidad posesoria. Sólo cuando el adquirente ha sido investido con la posesión de la cosa mueble, alcanza su derecho sobre la cosa un pleno efecto real que sea oponible en relación con los terceros.

Todo lo anterior, que es evidente, quiere decir, que, si bien la auto-

nomía privada es capaz para crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad.

e) *La causa del negocio en relación con la constitución de los derechos reales.*—Todos los negocios jurídicos y en particular los contratos, requieren una causa. No es la mera voluntad la fuente de relaciones jurídicas en materia patrimonial. Es menester que la voluntad se una o entre en conexión con una causa que sea suficiente para ello de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Con alguna razón se ha dicho que así como la voluntad negocial es el medio de expresión del control individual, la causa se sitúa en el plano del control social de los negocios.

¿Cuándo existe causa y cuándo se cumplen los requisitos causales en materia de creación de derechos reales? Se podría decir que el contrato o el negocio jurídico creador del derecho real tiene ya en sí mismo su causa y que esta causa no tiene por qué ser distinta en el orden de la producción de efectos obligatorios que en relación con los efectos jurídicos reales. Desde el punto de vista del artículo 1.274 del Código civil, la gratuidad o la onerosidad son lo mismo como causas del contrato que como causas de la constitución de los derechos reales derivados o producidos por el contrato. Si el propietario constituye un usufructo, su mera liberalidad» (cfr. art. 1.274) es causa del derecho real de usufructo. Del mismo modo, el recibo o la promesa de una contraprestación puede ser causa suficiente para constituir pongamos por ejemplo un derecho real de superficie.

Sin embargo, tal vez la observación anterior no sea enteramente suficiente. Porque en materia de causa, junto a la razón económica que se juzga suficiente para considerar obligados a los contratantes, se encuentra también latente la idea de la función económica o económico-social del tipo de negocio o del tipo de derecho que de tal negocio dimana. Esta función económico-social se encuentra por sí sola reconocida cuando el tipo negocial o el derecho se halla ya regulado o admitido por el ordenamiento jurídico (v. gr., constitución de un usufructo). En cambio, en materia de atipicidad es necesario un enjuiciamiento del negocio para decidir si éste cumple o no una función económico-social que se considere digna y merecedora de la tutela jurídica. En materia de relaciones obligatorias, este enjuiciamiento se reconduce al tema de la legalidad, moralidad y conformidad con el orden público de las obligaciones, así como al juego del intercambio o de la cooperación. En materia de relaciones jurídico-reales es necesario algo más. El negocio puede tener su

causa, como causa suficiente de obligaciones (cfr. art. 1.261, 3.º) y no tenerla en cambio como causa suficiente de la producción de efectos jurídico-real. Cuando se le reconoce a la voluntad individual plena fuerza para crear derechos reales atípicos, creemos que se está olvidando este punto: que la voluntad, ligada con una causa, es fuente suficiente de obligaciones, pero que no lo es en cambio, por sí sola, para la creación de derechos reales.

De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económico-social, es a la que se está haciendo referencia cuando se señala que para entender constituido un derecho real es menester que con éste se cumplan, o se traten de satisfacer, necesidades jurídicas o económicas, que de otro modo no se podrían llenar.

7. *La llamada causa «perpetua servitutis» como piedra de toque de la incidencia causal en materia de constitución de derechos reales atípicos.*—Al estudiar las servidumbres es tradicional hacer referencia a la llamada «causa perpetua». CASTÁN (38) dice que, según los romanistas, la servidumbre debe tener una causa perpetua, es decir, debe satisfacer un interés determinante del predio dominante que ha de consistir en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente. Añade, sin embargo, el autor citado que en el derecho moderno se discute la existencia de este requisito, el cual, en todo caso, no excluye que puede constituirse una servidumbre por un tiempo limitado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1929 (39) dijo que la prestación pasiva a que un predio esté afecto por la servidumbre, ha de ser por modo definitivo y terminante y fijo, *como todo derecho real*, no en el sentido de perpetuo, sino también temporal, mientras dure el gravamen, con relación a la misma cosa, como derecho *in re* y que no dependa de pactos bilaterales y recíprocos u otras circunstancias que la hagan movable, inestable y provisional.

(38) CASTÁN, *Derecho Civil*, vol. II, pág. 537.

(39) Fernández Navarrete y otros c. Ayuntamiento de Ocón y otros (*Colección Legislativa*, núm. 35, pág. 205). Los Ayuntamientos de la villa de Ocón y otros venían celebrando de antiguo concordias con el pueblo de Ausejo, por virtud de las cuales aprovechaban los pastos de este pueblo a cambio de que éste utilizara o se sirviera de las aguas de aquéllos. A principios de siglo el marqués de Legarda ejecutó al Ayuntamiento de Ausejo por impago de pensiones censales y se subastó un monte llamado «Cuesta de la Estrella», que se adjudicó al marqués y a sus hijos, los cuales demandaron a los pueblos que aprovechaban los pastos para que se declarara que no existía servidumbre. Esta tesis triunfó en la Audiencia de Burgos y el T. S. declaró no haber lugar al recurso.

Todo el problema gira en torno a si es o no servidumbre el efecto del contrato, teniendo en cuenta el carácter de permuta y reciprocidad, que había en éste—pastos por aguas—y su duración temporal, aunque renovada.

Dice el T. S.: «Considerando que, no exenta de vacilaciones y dudas en el derecho científico, y aun en el positivo, la verdadera esencia y diferencia entre el

BIONDI (40) recuerda la vetusta regla enunciada en D. 8, 2, 28, según la cual «omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent». Igualmente recuerda el autor citado que los intérpretes del Derecho romano invocaron con frecuencia aquella regla, pero sin tener al respecto ideas claras y precisas, de manera que unas veces se confunde con la perpetuidad y otras se identifica con la finalidad perseguida, la cual, por su parte, unas veces se refiere al fundo dominante, otras al sirviente y otras a ambos. PEROZZI creyó poder resolver la cuestión renegando de la regla y tratando de demostrar que la afirmación que se lee en el texto citado fue el resultado de una malhadada glosa. Conclusión aceptada por gran parte de la doctrina romanista y por los civilistas modernos, quienes concordemente se han desembarazado de una regla tan oscura, limitándose a observar que en las fuentes dicha regla se relaciona con

derecho real, *in re*, y el personal o de obligaciones, cuando recaen o afectan a bienes inmuebles, lo cual hace difícil fijar la del de servidumbre, como derecho inherente a la cosa, sin consideración a la persona; sin embargo, hay que tener en cuenta que la prestación pasiva a que un predio está afecto por la servidumbre —ya en beneficio directo de otra finca y su dueño, ya en el de otra persona—, pues nuestro Código admite las reales y personales, ha de ser por modo definitivo, permanente y fijo, como todo derecho real, no en el sentido de perpetuo, sino también de temporal, mientras dure el gravamen, con relación a la misma cosa, como derecho *in re*, y no que dependa de pactos bilaterales y recíprocos u otras circunstancias que la hagan movable, inestable o provisional, de tal modo que originen modificaciones, transformaciones y hasta extinciones dependientes de que se cumpla o no una obligación recíproca de la que depende la existencia de la carga. Por ello, ya este Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de enero de 1861, declaró que cuando se paga cierto precio por el aprovechamiento de una finca no existe servidumbre, doctrina muy pertinente al caso, porque los pastos se dan por aguas y éstas por aquéllos según ha apreciado la sentencia impugnada, lo cual excluye la existencia de dos servidumbres, y con mucha más razón la de una; se trata, pues, de relaciones y obligaciones recíprocas contractuales, con relación a la finca determinada, lo cual no origina el derecho real de la carga o gravamen que se discute.

Considerando que, por otra parte, cuando el fundamento atribuido a la servidumbre perpetua o temporal, distinción que no afecta a la esencia, es uno o diversos contratos, es de tener en cuenta que ha de estar bien expresa y terminante la voluntad de las partes para constituir ese derecho real, limitativo de las facultades dominicales del propietario de la finca que la sufre, sin interpretaciones extensivas que desvirtúen el fin que se propusieron los contratantes, y tanto en este caso como en el de cualquier calificación que mereciese el aprovechamiento de pastos a cambio de aguas, que más bien se asimila al innominado *du ut des*, es sabido que las cuestiones relativas a la existencia de los contratos, su modificación, extensión, extinción y efectos, caen en su apreciación bajo la soberanía del Tribunal de instancia, cuyo criterio ha de respetarse en casación, si no se demuestra la evidente equivocación por el medio procesal adecuado, como ha venido a entenderlo el mismo recurrente al ampararse en sus dos primeros motivos del recurso, no sólo en el número primero, sino también en el séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para deducir el error que demuestran, según su juicio, las pruebas que analiza, que es el de hecho.»

(40) BIONDI, *La servitù*, Milán, 1967, págs. 197 y ss.

la perpetuidad de las servidumbres, por lo que, desaparecida la perpetuidad, se dice, la regla no tiene ya sentido.

BIONDI (41) pone de manifiesto, sin embargo, cómo en las fuentes romanas la regla en cuestión trataba de dar un cauce a necesidades perfectamente realistas. Una servidumbre de acueducto, por ejemplo, sólo se puede constituir en orden a lo que se llaman aguas vivas o aguas corrientes, porque sólo en estos casos tiene «causa perpetua» y se puede considerar como *portio fundi*. Se puede constituir el derecho de servidumbre para derivar agua de un lago, de un río o de un torrente, pero no de un estanque, de una piscina o de una cisterna, porque en estos casos y respecto de estas cosas la utilidad no puede tener aquel carácter permanente que se encuentra ínsito en el concepto mismo de servidumbre.

Por esto, entiende BIONDI que, si bien hoy no puede hablarse de perpetuidad de las servidumbres, se debe hablar al menos de permanencia y, en este sentido, las servidumbres deben tener una causa, no perpetua pero sí permanente y esta causa viene dada por situaciones naturales independientes del hecho del hombre. En el mundo moderno, dice también BIONDI, la obra del hombre llega a sobreponerse a la naturaleza e incluso a modificarla. Mas en la medida en que la utilidad ha de referirse objetivamente a un fundo, la causa no puede ser más que natural. Precisamente por ello, dada la naturaleza de la utilidad que proporcionan, quedan fuera del tipo, por ejemplo, las servidumbres llamadas industriales o empresariales o las servidumbres de no concurrencia, porque no corresponden a utilidades objetivas de un fundo, sino que están referidas a entidades personales y por consiguiente mudables.

En el sentido anterior, creemos que la idea de la llamada «causa servitutis» es un factor muy útil para la solución del problema de los límites de los derechos reales atípicos en aquellos ordenamientos que admiten el *numerus apertus*. No basta para constituir un derecho real atípico la pura y simple voluntad del propietario o la voluntad del propietario de acuerdo con otra persona. Es menester que la función económico-social, que con la constitución del derecho se trate de conseguir, exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo, y que lo impongan así la legítima utilidad que se trata de obtener y la naturaleza de esta utilidad, en relación con los bienes a que se refiera.

8. «*Numerus clausus*» y «*numerus apertus*» en relación con las diferentes categorías de derechos reales.—A partir de la exposición que anteriormente hemos intentado realizar, hay una conclusión que por sí sola

(41) BIONDI, *op. cit.*, págs. 200 y ss.

puede establecerse ya. 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.

Tal vez hubiera todavía que dirigir la investigación por otro camino. Creemos que es acertada la opinión según la cual el poder individual de creación de derechos reales atípicos sólo puede tener por objeto los derechos reales sobre cosa ajena. El derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas. Cabrán limitaciones del dominio, pero éstas tendrán que constituir a su vez derechos en favor de otros y, por consiguiente, derechos sobre cosa ajena.

Llegados a esta conclusión, tal vez pueda entenderse que la solución no tiene por qué ser unitaria, ni idéntica, para todas las categorías de derechos reales, sino que puede ser útil hacer distinciones, dentro de ellas, de acuerdo con las diferentes especies que de las mismas se suelen establecer. Estas son, como sabemos, fundamentalmente tres, que pueden denominarse derechos de disfrute, derechos de garantía y cargas reales.

a) Por lo que se refiere a los derechos reales de disfrute, nos parece también básica la distinción entre el derecho real de disfrute pleno, que es el usufructo y los derechos reales consistentes en el goce de un servicio limitado de la cosa ajena.

A nuestro juicio, no cabe más derecho de disfrute pleno en cosa ajena que el usufructo. Dentro de él podrán existir variantes o modificaciones del régimen jurídico de acuerdo con su título constitutivo, a las que se pueden llamar si se quiere usufructos atípicos (p. ej., usufructo con facultad de disposición, etc.), aunque en tal caso lo atípico no será nunca el derecho en cuanto tal, sino su régimen jurídico.

Los derechos reales de goce limitado de especiales servicios de un bien ajeno, entran de lleno dentro del marco genérico de la categoría de las servidumbres, por lo cual tampoco cabe en puridad un derecho real atípico, sino que el problema será de calificación o incardinación del supuesto concreto dentro o fuera de esa categoría genérica. Se tratará en suma de decidir si lo constituido es o no servidumbre.

b) En materia de derechos reales de garantía, nos parece acertada la opinión de DEKKERS (42). En los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*. Y ello por la fundamental razón de que tales derechos entrañan una facultad de realización del valor, y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación, que tienen por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio de

(42) *Précis de Droit Civil belge*, tomo 1.º, Bruselas, 1954.

par conditio creditorum. Ello explica que la jurisprudencia registral, que acaso en materia de derechos de disfrute ha mostrado una mayor perplejidad, ha sido siempre constante en denegar los pactos de constitución de garantías, a los que se pretendía dar efectos reales, fuera del marco establecido por la ley (p. ej., renta vitalicia garantizada con el inmueble).

Quedan, pues, los llamados derechos de adquisición y las cargas reales como únicas categorías conflictivas. Se observará, sin embargo, que en ellas el problema es más de efectos reales o frente a terceros del negocio jurídico constitutivo, que de propios derechos reales atípicos, por cuanto que, en su configuración exterior, son derechos potestativos los unos y obligaciones *propter rem* los otros.

LUIS DíEZ PíCAZO