

PACTOS DE TRASCENDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Lic. José María Zonta Arias
Abogado costarricense

2. UBICACION HISTORICA

Ambos pactos de trascendencia se refieren a la historia de las relaciones internacionales, el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, pues en el primer caso se trata de la historia de las relaciones internacionales y en el segundo de la historia del Derecho Constitucional.

(1) Véase el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1962, que modifica el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1961, sobre el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Véase también el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1962, que modifica el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1961, sobre el Estatuto de Autonomía de Canarias. Véase también el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1962, que modifica el artículo 1.º de la Ley de 19 de mayo de 1961, sobre el Estatuto de Autonomía de Galicia.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Ubicación histórica
3. Tesis de la doctrina española: *Numerus clausus*
4. Postura de *numerus apertus*
5. Análisis del sistema normativo
6. Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros
7. Conclusiones

1. INTRODUCCION

Una polémica ha dividido a la Doctrina española el presente siglo, referida así el sistema de inscripción de derechos reales es *numerus apertus* o *numerus clausus*. Este pequeño artículo, sin la pretensión obviamente de zanjar el asunto, intenta aportar el análisis del comportamiento de la Jurisprudencia más reciente, entendiendo que aunque las resoluciones de décadas pasadas son muy interesantes y nos permiten seguir la evolución de la Dirección de los Registros, es en las decisiones de la década reciente donde tenemos que buscar la actual orientación del sistema. Esto nos lleva a la siguiente aclaración: si bien se aludirá a las tendencias que dicha Jurisprudencia ha tenido desde 1930, conscientemente se omitirá la cita de ésta, para concentrarnos en la más reciente. Este análisis llegará luego de una exposición y comentario de las posturas doctrinales que sostienen con argumentos muy respetables sistemas.

La discusión se centra en determinar si el Ordenamiento Español obedece a la lista abierta de derechos reales, en los que los particulares, haciendo uso de su iniciativa privada, pueden crear nuevos derechos reales, o si, por el contrario, deben limitarse a utilizar el elenco ofrecido por el Código Civil. Este punto y sus matices y derivaciones escinde a autores que, muchas veces usando los mismos datos normativos, llegan a conclusiones totalmente diferentes. Algunos autores califican la polémica de estéril, otros le conceden mucha importancia aludiendo a su relación con el orden público. Nosotros pensamos que la discusión no es inútil, y coincidimos con Díez Picazo en que buena prueba de ello son las numerosas resoluciones que el tema provoca.

2. UBICACION HISTORICA

Ambas tendencias en pugna tienen vetas históricas en las que apoyar sus posturas, el Derecho romano se inclinó por mantener el sistema del *numerus clausus*, pues su oferta se limitaba a las servidumbres, la anticresis, la superficie y los derechos de garantía.⁽¹⁾ En el Derecho germánico, por su parte, la

(1) PUIG BRUTAU, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. T. III, *Derechos Reales*, Vol. I. E.R.D.P., Madrid, 1972, pág. 22. Vid. en el mismo sentido: Díez PICAZO, Luis, *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 513, marzo-abril, 1976; y COSSIO y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, *Derechos Reales*. Cívitas, Madrid, 1988, pág. 36.

posibilidad de crear derechos reales era muy amplia, pues "los distintos ordenamientos jurídicos germánicos concedían el dar efecto real mediante la Gewere a cualquier obligación referida a una cosa determinada, especialmente el Derecho territorial prusiano admitió la atribución de carácter real a cualquier derecho limitado mediante la transmisión de la posesión o inscripción en el Registro de Hipotecas. El sistema de libertad del Derecho germánico se acentuó aún más durante todo el Derecho Intermedio, en donde se admitió plenamente que la voluntad pudiera atribuir efectos reales a ciertas situaciones obligatorias, sobre todo bajo la rúbrica de la obligatio rei, propter rem, etc. El Derecho feudal era propicio a esa posibilidad jurídica, y el mismo derecho canónico presentaba fórmulas paralelas a ese respecto".⁽²⁾

Esta permisibilidad del sistema provocó que la propiedad inmueble se saturara con gravámenes que hacían muy difícil su tráfico, y muchas propiedades iban a la ruina, como lo recuerda Díez Picazo, que uno era el dueño del terreno y otro de sus árboles, otras veces alguien era propietario del pasto que naciera y su vecino de las plantaciones ya hechas, complicación multiplicada cuando el inmueble se convertía en objeto de herencia, pues no se podía dividir la cosa objeto del derecho.

Esta situación cambió con la reforma agraria producida en el siglo XVIII, que impuso la tendencia a liberar a los inmuebles de la saturación de gravámenes que sobre ellos reinaban, esta restricción en la libertad privada de imponer derechos reales se plasmó finalmente en el Código Civil alemán, imposibilitando legalmente la creación de otros derechos reales distintos del listado de dicho Código.⁽³⁾

Aparte del citado Código alemán, siguen hoy el sistema de numerus clausus Suecia, Suiza, Portugal, Holanda, Finlandia, Japón y Argentina, triunfando en este último la tesis de Vélez Sarsfield.⁽⁴⁾ En Francia, donde el tema se discute, se considera que impera el sistema de numerus apertus, mientras que en Italia, la doctrina parece pacífica en que domina el numerus clausus, luego de la promulgación del Codice en 1942.

3. TESIS DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA. NUMERUS CLAUSUS

Sin que esta exposición sea exhaustiva nos confirmará que importantes autores están a favor de esta tesis. Castán se preguntaba si sería conveniente que

(2) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 23. Agrega que producto de este sistema, fueron los numerosos vínculos, gravámenes y confusas ligaduras que entorpecían el tráfico inmobiliario en la Edad Moderna.

(3) COSSIO, *op. cit.*, pág. 36.

(4) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 276.

el sistema fuera numerus clausus, y se respondía rotundamente que sí, pensaba que "el sistema limitativo es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros", y apoyándose en autores como Erlich, Jerónimo González; y, Serrano y Serrano, decía que así como el derecho de obligaciones sirve a necesidades individuales, el derecho real satisface necesidades colectivas, por lo tanto los contratantes no pueden modificar su esencia, ni transformar en cosa corpórea lo que no lo es, para establecer un derecho real ni constituir un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa.⁽⁵⁾

Las ventajas argumentadas en favor de este sistema son las siguientes: uniforma la gama de derechos reales sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados, evitándose así la abundancia de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho, se facilita la labor del registro en su función de calificación, se dispone de unos esquemas fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas, y se deja libre el campo de los derechos personales para satisfacer nuevas exigencias jurídicas.⁽⁶⁾

El modelo numerus clausus, en opinión del Prof. Lacruz, ofrece gran seguridad a adquirentes y terceros, pues el nombre del derecho señala sin más su contenido, y la voluntad del otorgante no puede constituir sino modificaciones previstas por la ley, advierte asimismo que, el Estado no puede dejar en manos de los particulares, la posibilidad de concederle a un conjunto de facultades la condición de derecho real, pues esto tendría graves efectos sobre los terceros, sobre la economía y la riqueza del país, "el numerus clausus sirve a los intereses de la claridad y la seguridad jurídica, que aconsejan evitar la aglomeración de clases y variedades infinitas de fenómenos".⁽⁷⁾ Y Puig Brutau suma dos argumentos a esta lista, el primero al afirmar que el derecho real supone una obligación pasiva a los terceros, ¿es que éstos, se pregunta, van a estar siempre obligados a respetar cualquier situación creada caprichosamente por el acreedor? "Si existe un deber exigible de respeto es porque la ley ha trazado las líneas fundamentales que es preciso guardar, pero si se sale de ellas,

(5) CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. II, Derecho de cosas, Vol. I, Reus, Madrid, 1987, pág. 83. Los ejemplos que pone son: gravar una cuarta parte indivisa de un predio de servidumbre de paso, y transferir la propiedad de la piel de un tigre que sigue encerrado en un zoológico.

(6) Esta lista de ventajas es la expuesta por Serrano y Serrano, citado por Castán, *op. cit.*, pág. 83.

(7) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derechos Reales*, Vol. I, 1ª Parte. *Poseción y Propiedad*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1988. Agrega que el sistema numerus clausus hace de los derechos reales moneda acuñada circulando por el tráfico con un valor fijo, prestando gran servicio a los adquirentes y a los terceros.

ad libitum no se puede, en buena lógica, exigir la adhesión de los extraños". Y continúa diciendo que los derechos reales suponen el acatamiento de formalidades tradicionalmente exigidas, de cuya publicidad deriva la oponibilidad erga omnes de tales derechos.⁽⁸⁾

Incluso algún autor, tal vez poniendo más ardor en la polémica, ha amenazado con el caos al sistema inmobiliario si se lo dejara a expensas del modelo numerus apertus, en efecto, Servat Adúa se preguntaba que "si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro sistema inmobiliario. ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?"⁽⁹⁾ Como estas interrogantes demuestran, el asunto no ha estado carente de pasión y convicciones fuertes.

Estos argumentos y otros han sido esgrimidos, además de por los citados, por autores como Planiol, Hernández Gil, Martínez Pérez, Ballester Giner y Cossío.⁽¹⁰⁾

Como hemos visto, argumentos y razones no les faltan a los propugnadores de esta postura. Deseamos terminar esta sección resumiendo lo dicho en palabras de Castán, para quien la doctrina científica "llega a la conclusión de que, en el fondo, incluso nuestro Derecho positivo sigue el criterio de numerus clausus".⁽¹¹⁾

4. POSTURA DE NUMERUS APERTUS

Este sistema propugna la lista abierta, considera que la voluntad privada no debe limitarse al menú de derechos reales citados en el Código Civil, sino que su autonomía le permite forjar, tanto modificaciones en la estructura de los

(8) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 23-24.

(9) SERVAT ADUA, José. *Derechos reales y pactos de trascendencia real. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. T. XXI, 1948, pág. 750. Sin embargo, renglones después, curiosamente se contradice, y prevé que "la voluntad puede seguir y seguirá elaborando nuevos tipos de derechos reales como fórmulas jurídicas, las más adecuadas para las nuevas necesidades que vayan surgiendo", con lo que al parecer, desmiente sus negros temores.

(10) PLANIOL, cit. por Puig Brutau, *op. cit.*, pág. 24. FERNANDEZ GIL y MARTIN PEREZ, citados por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25, BALLESTER GINER, Eladio, *Derechos reales*. 2ª ed., Valencia, 1986. COSSÍO, *op. cit.*, pág. 37. Ballester Giner aclara que no es cierto que la Dirección de los Registros sea enemiga ni mire con disfavor el sistema legal español.

(11) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 84.

derechos típicos, como figuras novedosas. Aunque el próximo apartado estará destinado al estudio del esquema normativo español sobre el respecto, ya aquí tendremos que comenzar a leer los artículos usados por ambos "bandos" para sostener sus posturas.

Dentro de su discurso a favor del numerus clausus, Lacruz menciona algunas ventajas que los numerusaperturistas suelen argumentar: que el numerus clausus es una camisa de fuerza a la iniciativa privada, porque la espontaneidad social forja para cada situación instrumentos jurídicos más adecuados por la ley, que así se priorizan exigencias técnicas a las conveniencias vitales, que la actividad legislativa va siempre detrás de la vida y sus necesidades. Y por último, que el Registro Inmobiliario debe estar al servicio de la vida real, recogiendo los instrumentos jurídicos más idóneos para llenar las necesidades y aspiraciones de los sujetos, siendo los derechos reales atípicos precisamente este tipo de instrumentos.⁽¹²⁾

Según Díez Picazo, "la doctrina del numerus apertus posee a su favor el argumento incontestable de que el Código civil no contiene ninguna prohibición de que los particulares puedan crear derechos reales. Es más, ni siquiera existe en él un precepto que establezca una lista de los derechos que son derechos reales, ni abierta ni cerrada".⁽¹³⁾ Los principales caballos de batalla de la postura numerus apertus son sin duda los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y el 7 de su Reglamento. En el primero se lee: En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*.⁽¹⁴⁾

Este artículo está desarrollado por el 7 del Reglamento Hipotecario, según el cual "no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, *sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho*, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

(12) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 25.

(13) DÍEZ PICAZO, Luis; y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III, 5ª ed., Madrid, 1990.

(14) Artículo que tiene su equivalente en el Código costarricense: Art. 459. En el Registro de la Propiedad se inscribirán... 2. Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca.

Estos artículos vienen complementados por el 1255 y el 1280 del Código Civil, el primero, si bien para contratos, estipula que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".⁽¹⁵⁾ Y el 1280 expresa que deberán constar en documento público: 1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Luego de este repaso normativo podemos adentrarnos en algunas opiniones doctrinales que sustentan el *numerus apertus*, y sin duda el que más claramente lo ha defendido es Albaladejo. Para este Profesor Emérito, los derechos típicos no son los únicos posibles, sino que caben, en principio, otros derechos reales que los particulares deseen establecer. Esta libertad de movimiento la marca Albaladejo en tres vertientes: creando derechos reales originales, mezclando elementos de los ya existentes o modificando la estructura interna de los típicos. Su postura es decidida: "la tesis del *numerus apertus* no sólo hay que aceptarla en nuestro Derecho vigente, sino que es preferible también en abstracto. Y el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad, y no sólo a los particulares que los establecen, y que por eso su lista no debe ser abierta, es argumento que, incluso teniendo cierto peso, para desbancar 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 *numerus apertus* se entiende dominante en dos vertientes: 1. porque es factible legalmente alterar la estructura de los derechos típicos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594, 598, 1648.2 del Código Civil español, y 51.6 del Reglamento Hipotecario). Cabe sujetar los derechos reales a condición (11-23 y 37 Ley Hipotecaria), término o modo (647 C.C.), y en general a situaciones temporales limitadas o a situaciones jurídicas de pendencia. Y 2. porque cabe inventar nuevos tipos de derecho, reales; Bernaldo de Quirós, a quien le debemos esta doble proyección, cita la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 1930, que admite nuevas figuras censuales similares a la *enfiteusis*.⁽¹⁷⁾

(15) El Código Civil costarricense no contiene un artículo equivalente. Pero la libertad contractual resulta de la relación del art. 28 b) de la Constitución Política, con los arts. 1022 y 1023 del Código Civil.

(16) ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español*. T. III. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 23-24.

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *Manual de Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 22.

Este mismo autor alega en favor del *numerus apertus* que es imposible que la Ley prevea todas las figuras que satisfagan las múltiples exigencias de la realidad. Díez Picazo intenta superar la polémica, reconociendo la vigencia del *numerus apertus* dentro del Ordenamiento español, y tratando de avanzar un paso más allá: reconocido el poder de la autonomía de la voluntad para crear derechos reales, la pregunta a contestar ahora, según él, es qué límites tiene esa iniciativa privada, y concluye que a ésta es menester "se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad".⁽¹⁸⁾

Entre los autores que, con opiniones más o menos matizadas, se adscriben al modelo *numerus apertus* poderlos citar: Chico y Ortiz, O'Callagan, Acedo, García y García, y García Cantero.⁽¹⁹⁾

6. ANALISIS DEL SISTEMA NORMATIVO

Los artículos que hemos citado les ha servido a ambos sectores para llevar agua a sus molinos, inicialmente los analizaremos desde la óptica de los autores que defienden el *numerus clausus*.

El 1255 C. C. es utilizado no tanto en sí mismo, sino para echar en falta un equivalente que permita la libertad contractual en la esfera de los derechos reales, Cossío y Roca Sastre lo ubican a la luz de este razonamiento. Lacruz va un poco más allá y ante el uso del 1255 por analogía, opone, basado en la distancia entre el crédito exigible frente a un contrato y el derecho real oponible *erga omnes*, el argumento a contrario; y remata diciendo que "también el argumento ex art. 1255 queda en cuestión si se repara en que tal precepto, cuando establece la libertad de crear obligaciones, lo hace dentro de un esquema rígido de lo que es la obligación o el crédito, y además con eficacia *inter partes*",⁽²⁰⁾ lo que nos conduce al tema de la relatividad de los contratos. Por su parte Díez Picazo nos recuerda que el 1255 "está casi inmediatamente seguido por otro

(18) DÍEZ PICAZO. En *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, págs. 299-300.

(19) CHICO y ORTIZ, José María. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. I. Marcial Pons, Madrid, 1981, pág. 440. O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*. T. III, E.R.D.P., Madrid, 1938, pág. 27. ACEDO, Jesús, *Derechos reales innominados*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1959, pág. 497. GARCIA GARCIA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral e Hipotecario*, T. I, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 553. GARCIA CANTERO, Gabriel, en nota a Castán, *op. cit.*, págs. 85-86-87.

(20) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 27. También Castán, pág. 84 echa de menos un equivalente para derechos reales.

texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”.

En cuanto al art. 1280, si bien se declara en él la voluntad de los particulares de engendrar derechos, se le achaca que no prejuzga la libertad de configuración, es decir, la facultad de producir tipos de derecho, reales no regulados expresamente en la ley”.⁽²¹⁾

Son más difíciles de combatir los datos normativos extraídos de la legislación hipotecaria, que, como ya vimos, ofrecen apoyos sólidos a la tesis *numerus apertus*, pero se intenta. Hernández Gil considera la frase “y otros cualesquiera reales”, del artículo 2 L.H. es “una mención colectiva de verdaderos derechos reales típicos que existen en nuestro ordenamiento, y que no fueron singularmente citados por el art. 2 L. H. en razón, seguramente a que en mayor o menor medida existe duda sobre su naturaleza jurídica, aunque predomina su consideración como verdaderos derechos reales”.⁽²²⁾ Y como ejemplos cita el derechos de superficie, los foros, la anticresis, los derechos de tanteo, retracto y la opción. Visto así, esta expresión implicaría un grupo de derechos no citados en otros lugares, por no estar plenamente reconocidos como reales, y no la permisibilidad de que la iniciativa privada pueda forjar nuevos derechos reales.

Se ha intentado también desvirtuar el poder liberatorio de la voluntad privada en el art. 7 del Reglamento Hipotecario, y así, Martín Pérez, citado por Lacruz, explica la frase “cualquier acto de trascendencia real sin nombre propio en Derecho” a través del art. 594 C.C., que permite al dueño establecer en su inmueble “las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere”. O sea, dentro de la figura típica servidumbre caben variantes bautizados en Derecho y otros innominados, que serían los que las partes forjan con sus pactos. Martín Pérez limita, entonces, la facultad creativa al juego interno dentro de cada figura típica. Y Lacruz por su parte agrega que el art. 7 deja abierta la interrogante de cuándo un contrato goza de trascendencia real, y atribuye la falta de nombre propio en Derecho al contrato, no al derecho real mismo, lo que en su opinión lo distingue del citado art. 2 L.H. Su ataque a la norma culmina afirmando que el art. 7 cede su fuerza si se repara en su naturaleza reglamentaria, pues de una norma de este rango no cabría extraer efectos que implican importantes juicios de valor sobre el tráfico de los inmuebles.⁽²³⁾

Estas son algunas de las objeciones que el cuadro normativo recibe. Ahora expondremos razones aducidas por la corriente *numerus aperturista*, que se apoya en estos mismos artículos.

(21) Cossío, *op. cit.*, pág. 37.

(22) HERNANDEZ GIL, citado por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25, nota 9, quien suscribe dicha construcción.

(23) MARTIN PEREZ, cit. por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25. Y el mismo Lacruz.

El Prof. Díez Picazo, frente a las objeciones a la tesis del *numerus apertus* de que no existen en el C.C. una norma similar al 1255, en materia de derechos reales, responde que este razonamiento llevaría a la absurda e injusta conclusión de que lo que no está expresamente permitido se encuentra prohibido, el argumento de que el art. 2 podría referirse a otros derechos reales reconocidos pero no enumerados en el Código lo contesta afirmando que, puestos a imaginar, bien podríamos deducir que se refiere al sistema *numerus apertus*, y sobre el rango reglamentario del art. 7 R.H., agrega que sería válido se aislase del art. 2 L.H. pero que al contrario, lo que hace es complementarlo y desarrollarlo.

Para Acedo la existencia del art. 7 es una muestra indudable de que el sistema español se inclina por el modelo *numerus apertus*.⁽²⁴⁾ Para arribar a la misma solución, O'Callaghan utiliza el art. 1255 C.C., agregando eso sí, que las partes en uso de esta facultad deben respetar conceptos básicos, haciendo concurrir en el derecho real creando factores elementales, (sujeto, objeto y eficacia, entre otros),⁽²⁵⁾ lo que con su terminología García Cantero denomina “contenido esencial de la relación jurídica o de la situación jurídica que resulta del acto de autonomía o negocio creador”.⁽²⁶⁾

6. JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS

Si bien anunciamos en la introducción que no es nuestra intención hacer un análisis de toda la jurisprudencia registral, sino solamente la de los últimos 10 años, para que ese comentario no parezca salido de la nada, comentaremos brevemente el comportamiento de las resoluciones desde 1930 hasta la década de los setentas. Quien primero nos auxilia en dicha tarea es Castán, quien sostenía que la Dirección de los Registros simpatizaba con la postura *numerus clausus*, “reconociendo que la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real”.⁽²⁷⁾

Por su parte Chico y Ortiz considera que la dirección marca una pauta restrictiva en la elaboración de los derechos reales por parte de los particulares, y resume su tesis así: el modelo *numerus apertus* no autoriza a la constitución

(24) ACEDO, *op. cit.*, pág. 48.

(25) O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 27.

(26) GARCIA CANTERO, *op. cit.*, pág. 85 s.s.

(27) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 84.

de cualquier derecho real... y ha de llenar las características externas y aparentes que les hacen trascender a terceros y los requisitos que exige su inscripción.⁽²⁸⁾ Ballester Giner coincide con este enfoque sobre la jurisprudencia.⁽²⁹⁾

Díez Picazo, siendo uno de los autores que más certeramente han criticado el modelo *numerus apertus*, opina que es, sin embargo, el seguido por el sistema español. A él le debemos un interesante análisis de la jurisprudencia discurrida entre 1930 y 1959, resumiendo sus impresiones en las siguientes máximas:

- a. La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles;
- b. Hay que respetar los preceptos que impiden la autorización de la propiedad;
- c. La manifestación o declaración de la 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".⁽³⁰⁾

En un trabajo posterior este mismo autor, de la misma fuente jurisprudencial, extrae conclusiones, que añadimos con afán complementador:

1. El derecho real creado debe reunir los requisitos típicos de la categoría;
2. Que esta creación real no contradiga el orden público (art. 1255), entendido como orden público económico;
3. Es menester describir perfectamente el objeto gravado y el derecho que pretende inscribirse;
4. Respeto a los requisitos formales (escritura pública);
5. Es necesario que esa voluntad privada vaya unida a una causa, considerada como la función económica-social.⁽³¹⁾

(28) CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 443. Añade que la jurisprudencia posterior ha variado ese criterio. Debemos recordar que su edición es de 1981.

(29) BALLESTER GINER, *op. cit.*, págs. 18-19.

(30) DÍEZ PICAZO, en *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, pág. 293.

(31) DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, pág. 57.

Esto nos ofrece un panorama previo de lo que la jurisprudencia ha señalado, para estudiar ahora si en la década de los 80, ha cambiado de parecer, o conserva sus posiciones.

1. La resolución de 1 de abril de 1981 estudia la trascendencia real de una futura operación hipotecaria de división material, siendo el caso de una finca adquirida pro-indiviso por varias personas, que pactaron el modo de proceder en su día a la disolución de la comunidad creada, mediante una división material predeterminada. El fallo considera "que nuestro sistema inmobiliario está basado según establece el artículo 2 de la Ley Hipotecaria exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real, si bien no prima un criterio de *numerus clausus*, tal como se desprende del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que permite el ingreso de cualquier contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego, o en el futuro, alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales. Considerando que ese criterio de *numerus apertus* adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, en una misión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatividad, que determinaría su acceso a los libros, registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal. Considerando que en el presente caso el pacto discutido ofrece una naturaleza real en cuanto a que:

- a. Sujeto activo de la titularidad real lo es cada condeño, en tanto que sujetos pasivo, son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad, los cuales se encuentran obligados como tal copropietarios y no por el vínculo personal;
- b. El derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca, sobre la cuota intelectual y sobre una parte de finca físicamente determinada en el pacto;
- c. Produce una mutación jurídico real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de comunidad, a excepción del pactado, todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir *erga omnes* que se le adjudique precisamente esa determinada porción de la finca, y que ese derecho sea exigible en perjuicio de terceros.

La resolución de 25 de junio de 1981 se refiere a sí el pacto contenido en la Estipulación tercera de la escritura calificada, que indica que "El Estado incorpora el inmueble adquirido a su patrimonio sin sujeción a condición alguna y sin obligarse a destinarlo a un fin determinado", supone una extralimitación

en sus facultades por parte de las personas que comparecieron en nombre del Estado, motivo que impediría la inscripción solicitada. Considera la Dirección que es su constante doctrina, la de no permitir el acceso al Registro a todos aquellos derechos o pactos que carecen de *trascendencia real* o que no estén asegurados con una garantía de esa naturaleza, mucho menos habrá de tenerse en cuenta cuando el fin ni siquiera origina entre las partes un pacto obligacional.

La resolución de 14 de mayo de 1984 debate si puede tener acceso al Registro de la Propiedad el derecho que el titular de dos parcelas colindantes establece a favor de los futuros titulares de una de ellas le que el garaje del edificio que se construya en esta última pueda expandirse a parte del subsuelo de las otras de las citadas parcelas, teniendo en cuenta que el suelo cuya parte subterránea se invade no es edificable en altura, según impone su licencia administrativa, y que además no tendrá conexión física alguna con el edificio a construir en el resto de la parcela invadida. Aprovecha la Dirección para recordar que el modelo *numerus apertus* es más palpable en materia de servidumbres prediales, que sobre el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 C.C.), que autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan ni la ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es un existencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio, imponen que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable. Una limitación así debe hacerse constar, continúa la Dirección, para que surta efectos contra terceros, en la inscripción de la parcela que soporta el gravamen impuesto, y además, si así se solicita, como cualidad del predio dominante, dada la nota de inseparabilidad de toda servidumbre. La Dirección rechaza la inscripción, considerando que no cabe entender que la expresión del garaje debajo del suelo colindante obligue a interponer aquél dentro del edificio construido, dado que ninguna conexión física tiene con el mismo.

La resolución de 10 de abril trata de lo que denomina un "complejo negocio de transmisión de solares", para entender éste citaremos sus especiales características:

1. Arranca su causa del contrato traslativo de los dos solares;
2. Los solares se transmiten a cambio de una contraprestación, cuya exigibilidad queda aplazada a momento posterior al previsto para ultimar la edificación;
3. El adquirente de los solares contrae la obligación de edificar sobre ellos en las condiciones y términos prefijados.
4. La contraprestación que recibirá la entidad que enajenó los solares consistirá, alternativamente a su elección:
 - a. Cantidad de dinero;

- b. Los locales o viviendas construidos específicamente determinados (para lo cual se constituyó sobre ellos un derecho de opción inscrito ya);
- c. Otros locales construidos;

5. La transmitente deberá ejecutar la opción dentro del lapso de 4 años, a partir de la fecha de la escritura, y la obligación de pagar el precio total de los solares surge sólo si la adquirente renunciare al ejercicio de la totalidad de dichas opciones;
6. Las partes convienen inscribir las opciones, y en efecto, dicha inscripción consta en los folios correspondientes. Bien, esa opción no responde a la típica enunciada en el art. 14 del Reglamento Hipotecario,⁽³²⁾ afirmando la Dirección que "conviene precisar que no podría haber sido suficiente para negar la inscripción, dado nuestro sistema de *numerus apertus*, el que el derecho de adquisición no responda exactamente, como sin duda sucede, al tipo previsto en el art. 14 R.H."

La resolución de 20 de mayo de 1987 versa sobre si la genérica fijación de un margen de responsabilidad hipotecaria por intereses, comprende tanto los remuneratorios como los moratorios, lo sólo los primeros, como sostiene el Registrador, quien, en consecuencia, deniega la inscripción de la estipulación referente a los intereses de demora por su *falta de trascendencia real*. El fallo apoya este rechazo, sosteniéndose en el principio de especialidad, según el cual no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses, a los devengados en caso de mora, éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse en forma diferenciada. Por clarificador transcribimos este párrafo: "Más allá de esta consideración unitaria que en el contrato se pretende dar al mecanismo estipulado, la trascendencia "erga omnes" del estatuto de la propiedad inmueble, la exigencia de una razón justificativa suficiente en los derechos reales configurados por los particulares al amparo del *numerus apertus* establecido en los artículos 2 L.H. y 7 del R.H., la necesidad de perfiles claros en la

(32) Art. 14 Reglamento Hipotecario: Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

configuración de cada derecho real que se constituya, la inviolabilidad de la libre circulación de bienes, obliga a un examen minucioso de aquél para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modalizar el derecho de propiedad del inmueble afecto, y ello, a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real y sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad”.

Siguiendo este razonamiento, esta resolución inscribe la facultad conferida al acreedor para inspeccionar el bien hipotecado, pero rechaza la facultad del mismo acreedor de determinar por sí, a efectos del vencimiento, si el bien hipotecado se encuentra abandonado o derruido. Tampoco es posible, por su falta de *trascendencia real*, inscribir la facultad del acreedor de obtener por sí solo segunda copia de la escritura dotada de ejecutividad. Esta escritura, como vemos, es interesante, porque contrasta cláusulas inscribibles con otras rechazadas.

La resolución de 5 de junio de 1987 plantea que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad del mecanismo negocial, en contra de la exigencia real legal de claridad y precisión de los derechos reales, con el consiguiente detrimento del tráfico inmobiliario. Efectivamente, junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes, cargas y límites a cargo del deudor o del hipotecante, a los que se intenta dar alcance real, ya en cuanto integradas en una situación jurídica unitaria modalizadora del contenido normal del dominio sobre el inmueble gravado, o como obligaciones accesorias cuyo incumplimiento provoca el vencimiento anticipado del crédito garantizado.

Frente a este panorama, la Dirección decide que esta interacción entre elementos personales y reales, y la relación de accesoriedad en que se hallan, no puede desnaturalizar estos últimos: la configuración de situaciones reales, dada su importancia económico-social y su trascendencia erga omnes, no queda totalmente confiada a la autonomía privada, el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello la Dirección, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas, su pretendida operatividad real la excepciona, al no resultar cumplidas las exigencias estructurales aludidas. Y las razones de la Dirección para rechazar estas estipulaciones accesorias son:

1. Contradican la existencia y finalidad mismas del derecho real de hipoteca, el cual debe recaer directamente sobre el bien gravado, siendo indiferente quién sea su titular o las vicisitudes patrimoniales del deudor;
2. Sobre no añadir ninguna garantía nueva, ni aportar utilidades apreciables al acreedor: amplían de manera desorbitada e injustificada sus facultades en detrimento de la propiedad de los demás acreedores del deudor, y sobre todo de éste último.
3. Menoscaban de modo evidente la aptitud circulatoria y crediticia del bien gravado.

El fallo de 26 de junio de 1987 versa sobre la posibilidad de segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en Régimen de Propiedad Horizontal, un local sólo de la planta baja, e imponer sobre esta porción la servidumbre de apoyo de la planta segunda y de las futuras que se contruyeran. Y además, agrupar el local y solar segregados a otro local perteneciente a un edificio colindantes, sí constituido bajo aquel régimen. La Dirección ante esto razona que la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia, determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el Ordenamiento, les resulte más adecuado al caso concreto, en función de sus características peculiares y de los fines perseguidos. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia erga omnes del status jurídicos de los bienes. La Dirección opta por rechazar la inscripción, pues la inevitable interdependencia física, así como la complejidad e intensidad de las relaciones derivadas, reclama jurídicamente la inseparabilidad entre el derecho sobre el espacio privativo y la titularidad sobre los elementos que lo definen y posibilitan su goce separado.

La resolución de 30 de junio de 1987 plantea la inscribibilidad de un contrato, denominado de venta en garantía de deuda, que es objeto de reconocimiento, en el que la obligación asumida por una de las partes de transmitir la cosa vendida, no responde a una correlativa obligación de la otra parte de pagar precio alguno, sino a una exclusiva finalidad de garantía de la deuda, que la primera reconoce en favor de la segunda, quien únicamente asume el compromiso de retransmitir si dicha deuda resulta efectivamente satisfecha en el plazo de 15 años.

El Registrador rechaza la escritura alegando imprecisión de la verdadera naturaleza jurídica del negocio, pudiendo existir violación de las normas reguladoras de la compraventa y de los préstamos con garantía real. El Registro rechaza efectivamente la inscripción, y antes de valorar sus razones, nótese que

estamos frente a un negocio fiduciario "*crum creditore*", en el que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, no hay enajenación propiamente dicha, sino garantía o afianzamiento del débito. Acotado lo anterior diremos que las razones del rechazo son:

1. No puede reflejarse en el Registro en favor del llamado comprador, el derecho a que se refiere la escritura, la propiedad misma, ya que como queda demostrado, del título resulta que el "comprador" no ha adquirido la propiedad.
2. Porque no puede reflejarse tampoco, el derecho real de garantía producido a favor del prestamista, pues ni la naturaleza y extensión de este posible derecho aparecen con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad.

En la resolución de 23 de octubre de 1987 se conoce una escritura, que contiene una cláusula según la cual vencerá el préstamo hipotecario de pleno derecho, cuando el prestatario incumpliere cualquiera de las obligaciones siguientes: pago por intereses, aunque excedieren el máximo garantizado hipotecariamente, pago del impuesto del Tráfico de Empresas, fidelidad del prestatario en los datos que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo, obligación de no enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada o alterar su destino, pagar las contribuciones y demás gastos de la finca, exhibir recibos y asegurarla contra daños.

Obviamente la Dirección rechaza la escritura. Y transcribo este párrafo porque en realidad no tiene desperdicio: "En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia *erga omnes* y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la Nación.. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público en cuanto al contenido y alcance que esa misma obligación vengan a determinar (...) No caben a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real... al arbitrio de una sola persona. (...) Una cláusula como la rechazada... involucraría en la obligación otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía exigen a los derechos reales.

La resolución de 28 de octubre de 1988 es muy corta, pero aprovechamos un par de ideas: estima el Registrador que inscrito en favor de los transmiten-

tes un derecho a construir en el subsuelo, no puede practicarse —la inscripción de la transmisión de una cuota sin que previamente se declare la construcción realizada y se constituya dicha edificación en régimen de propiedad horizontal—. Mas no hay razón legal que apoye esa exigencia y que limite, la facultad de disposición connatural, en principio, de todo derecho real.

Y la otra idea es que tratándose de derechos atípicos inscritos, no puede pretender el Registrador que en la escritura reciba una exacta denominación —que no la tiene— y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito.

Y la última resolución que citaremos plantea si es inscribible una escritura pública en la que un Ayuntamiento "cede el uso" de un edificio de su propiedad a la Tesorería Nacional, para fines de servicio social. Responde la Dirección recordando que los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era de gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza. "No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito". Resolución de 16 de octubre de 1989.

7. CONCLUSIONES

Esta última parte del trabajo, en la que intentaremos dar, en la medida de nuestras limitadas posibilidades, un aporte y una visión personal de lo expuesto, estará dividida en dos secciones, el comentario del panorama doctrinal que ya conocemos, con la inevitable toma de postura, y el comentario de la jurisprudencia.

Importantes autores, como hemos visto, argumentan a favor del modelo *numerus clausus*, que no existe para los derechos reales una norma similar al art. 1255 C.C. (Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público), que regula los derechos obligacionales, pero creemos que la crítica no es admisible, pues el principio que rige las relaciones entre privados es el de permitir lo no prohibido, a la inversa del Derecho Público, que permite sólo lo autorizado, o sea, entre los particulares no tenemos que esperar a que una norma nos autorice un acto o contrato, basta con que dicho acto no esté expresamente limitado.

El citado mecanismo mediante el cual Martín Pérez convierte al art. 7 R.H. en casi un soporte del sistema *numerus clausus*, me parece hábil pero desafortunado. Este autor nos habla de una libertad interna, de la posibilidad de variar contenidos dentro de los derechos tipificados, y nos demuestra la gran flexibilidad del *numerus clausus*, lo que a nosotros nos hace pensar en el consejo

del poeta: "uno es totalmente libre de hacer lo que quiera, pero dentro de su jaula". En realidad el art. 7 (...no sólo deberán inscribirse... los derechos reales... 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...), es muy claro y hay que ser muy hábil para hacer derivar de palabras tan claras significados contrarios. Y con casi las mismas palabras podríamos referirnos a la interpretación que del art. 2 de la Ley Hipotecaria (En los Registros... se inscribirán... los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo... y otros cualesquiera reales), hace Hernández Gil según la que la frase "y otros cualesquiera reales", no significa la posibilidad de crear nuevos tipos, sino una mención conjunta y no expresa de derechos reconocidos, pero dudosos. No comulgo con su planteamiento porque está claro que el legislador no quiso hacer una lista hermética de derechos reales, sino permitir la movilidad, la flexibilidad jurídica.

Aunque reconozco que el art. 7 R. H. tiene nivel reglamentario, serían válidas sus críticas si fuese un islote aislado, pero al contrario, forma parte de un sistema normativo doctrinal y jurisprudencial, que a mi entender forman un frente sólido en favor de la vigencia de los *numerus apertus* en Derecho español.⁽³³⁾

Algunos autores plantean el modelo *numerus apertus* como una verdadera calamidad para el sistema. Cossío se pregunta, ¿Es que los terceros van a estar siempre obligados a respetar *cualquier* situación creada *caprichosamente* por el acreedor?, (el énfasis es nuestro). Puig Brutau advierte que "el sistema del *numerus apertus*... no cabe duda que introduce la confusión y el desorden", y por supuesto las negras preguntas-premoniciones de Servat Adúa: "¿No se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario?... ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?". Todas estas advertencias, como hemos visto algunas de cierto dramatismo, nos hacen pensar en un modelo *numerus* sin límites, sin más ley que la ocurrencia de los contratantes, especie de patente de corso para navegar por el Derecho civil inventando derechos reales todos los días, pero la realidad nos ha demostrado que el sistema aperturista funciona de manera muy distinta, reglamentado, con límites legales bien definidos, solucionando problemas nuevos, y probablemente más deberá solucionar en un futuro donde la tecnología nos asombra día a día. No nos parece descabellado pensar en que los años nos impondrán nuevas necesidades jurídicas, nuevas formas de relacionarnos con los bienes, y considero que un Derecho flexible, de listas abiertas al progreso, un Derecho que le otorgue a la libertad privada la movilidad, la maniobra normada pero cómoda,

(33) Cfr. LACRUZ, *op. cit.*, pág. 27.

es el que necesitamos para los retos venideros. Es cierto que el Ordenamiento marcha tras la realidad, pero un poco de previsión no le vendría mal.

A estas alturas ya resulta una obviedad decir que considero no sólo que el modelo *numerus apertus* rige en Derecho español, sino que creo que debe seguir rigiendo en él. No comparto la construcción formal que hace reinar el modelo *apertus* en superficie y "en el fondo" el *clausus*.⁽³⁴⁾ Otro de los argumentos clausistas es que es muy difícil crear nuevos derechos reales, sin embargo nadie ha dicho que sea fácil, ni hay norma en el Ordenamiento que declare derechos reales sólo a los de sencilla o compleja creación, el grado de dificultad no me parece un criterio válido para descartar la naturaleza real de una figura.

La afirmación de que el sistema *clausus* facilita la labor del Registro, ya fue hábilmente contestada por Albaladejo,⁽³⁵⁾ y también por Chico y Ortiz, para quien el asunto ha de ser "entendido sin perjuicio de la gran dificultad que supone separar lo real de lo personal, en lo que tanto juego tiene la intención de las partes y la redacción de las cláusulas y la necesidad de ampliar el campo de lo real al amparo del *numerus apertus*, para no restringir nuestro Registro a uno de 'purezas reales' que no tenga proyección en el futuro", (el énfasis es nuestro).⁽³⁶⁾

Seguimos el ya expuesto esquema de Peña Bernaldo de Quirós, de admitir el *numerus apertus* a dos niveles, tanto creando nuevas situaciones reales, como modificando la estructura de las figuras típicas, de hecho la posibilidad ofrecida por el Ordenamiento de alterar el interior de los esquemas típicos, al contrario que a Martín Pérez, a nosotros nos parece un argumento más a favor del imperio de los *apertus* en el Derecho español. Miramos con interés y suscripción la postura de Díez Picazo, que nos parece conciliadora y útil, que reconoce que en el Ordenamiento impera la postura *numerus apertus*, pero además, constructivamente, enfatiza que ahora lo importante es investigar los límites de ese poder creador de derechos atípicos, su labor de extraer pautas de la jurisprudencia registral es enormemente útil en ese esfuerzo por conocer las fronteras de la libertad privada como fuente de derechos reales.

Y a ese esfuerzo, es que pretendo dedicar, con mis modestísimas capacidades, la segunda parte de estas conclusiones, a intentar derivar de la jurisprudencia reciente, esos límites a la iniciativa privada. Sin perjuicio, claro está, de que algunos coincidan con los ya citados.

De la jurisprudencia de los años ochenta, podemos extraer las siguientes pautas:

(34) Cfr. Castán, *op. cit.*, pág. 34, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 278.

(35) ALBALDEJO, *op. cit.*, págs. 23-24.

(36) CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 425.

1. El criterio adoptado por la legislación española es el de *numerus apertus*.
2. La misión del Registro es la de examinar en cada caso concreto el acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de constatar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatez, que determinaría su acceso a los libros registrales, y en caso de que no fuere así, rechazarlo a fin de evitar que entren en el Registro derechos personales.
3. La posibilidad de *numerus clausus*, que es más palpable en materia de servidumbres reales que sobre el principio de autonomía de la voluntad, autoriza la constitución de servidumbres, siempre que no contravengan la Ley ni el orden público.
4. La configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga omnes del estatuto de la propiedad inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada.
5. El *numerus apertus* presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación de los contornos del derecho real configurado y la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico.
6. En la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad, ello como consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia erga omnes, y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes, y por lo tanto, a la economía de la Nación.
7. No caben, a efectos hipotecarios, los pactos que en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real al arbitrio de una de las partes.
8. No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación al arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender del vencimiento de cualquier tipo de comportamientos del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada.

LEGITIMACION AMBIENTAL

Lic. Julio Jurado Fernández
Abogado costarricense