



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DISCUSIÓN SOBRE LA INCLUSIÓN DE NUEVOS DERECHOS
REALES EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

Especial atención a su eficiencia económica

Autor: Blanca Beamonte Ramiro

5º E-3 Analytics

Derecho Civil

Tutor: Jesús Sieira Gil

Madrid

Abril 2023

Resumen: En este trabajo se hace un estudio desde diferentes perspectivas de lo que supone la elección de sistema de derechos reales: *numerus apertus* o *numerus clausus*. En primer lugar, se contextualizan y describen los derechos reales, conceptualizándolos, exponiendo su origen y la importancia del registro además de su ubicación en nuestra legislación. Después se definen los sistemas y se muestra la argumentación que sostiene cada postura. A continuación, se realiza un análisis ejemplificativo de la doctrina, tanto de la DGRN como del Tribunal Supremo para concluir con que nuestro sistema actual es abierto, y los requisitos que los derechos reales que lo integran deben cumplir para tal fin. Por último, se analiza el impacto económico que supone la elección de uno u otro y los defensores de cada grupo, y se ilustra con tres de los países más influyentes en la materia.

Palabras Clave: Derechos reales, sistema jurídico, *numerus apertus*, *numerus clausus*, derechos forales, doctrina, eficiencia económica.

Abstract: On this paper, a study is made from different perspectives of the choice of the system of property rights: *numerus apertus* or *numerus clausus*. Firstly, it contextualises and describes the property rights, conceptualising them, explaining their origin and the importance of registration as well as their location in our legislation. Then, the systems are defined and the argumentation supporting each position is shown. This is followed by an exemplary analysis of the doctrine of both the DGRN and the Supreme Court to conclude with the fact that our current system is open, and the requirements that the property rights that comprise it must fulfil to that end. Finally, the economic impact of choosing one or the other and the advocates of each group is analysed and illustrated with three of the most influential countries on the subject.

Key Words: Property rights, legal system, *numerus apertus*, *numerus clausus*, foral rights, doctrine, economic efficiency.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO II. DERECHOS REALES.....	8
1. CONCEPTO Y CARACTERES.....	8
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	10
3. PROTECCIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES	11
4. DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	12
4.1. Constitución española	13
4.2. Código Civil	13
4.2.1. Derecho común	13
4.2.2. Legislaciones forales	15
4.3. Leyes especiales.....	19
4.4. Categorías intermedias	19
CAPÍTULO III. SIGNIFICADO DE NUMERUS CLAUSUS Y NUMERUS APERTUS.....	21
1. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS	21
1.1. Numerus clausus.....	21
1.2. Numerus apertus	22
2. DISCUSIÓN DOCTRINAL.....	23
2.1. Argumentos a favor del <i>numerus clausus</i>	24
2.2. Argumentos a favor del <i>numerus apertus</i>	24
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS EJEMPLIFICATIVO DE NUESTRA DOCTRINA	26
1. DOCTRINA DE LA DGRN	26
1.1. Análisis de resoluciones.....	26
2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	28
2.1. Análisis de sentencias	28
CAPÍTULO IV. SISTEMA ACTUAL	31
1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	31
2. OTROS REQUISITOS.....	32
CAPÍTULO V. ANÁLISIS ECONÓMICO	35
1. EJEMPLO – DERECHOS REALES Y EFICIENCIA ECONÓMICA	36
1.1. Propiedad común.....	37

1.2. Propiedad anticomún	38
1.3. Propiedad privada	40
2. DEFENSORES DEL SISTEMA CERRADO	40
3. DEFENSORES DEL SISTEMA ABIERTO	42
4. CONCLUSIONES DE LA DOCTRINA MAYORITARIA	43
5. ELECCIÓN DE SISTEMA EN EL DERECHO COMPARADO	43
5.1. Francia	45
5.2. Alemania	45
5.3. Inglaterra	46
CONCLUSIÓN	48
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. – Artículo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CC – Código Civil

CE – Constitución Española

Núm – Número

DGRN – Dirección General del Registro y Notariado

LH – Ley Hipotecaria

LPH – Ley de Propiedad Horizontal

RDGRN – Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado

RH – Reglamento Hipotecario

ss. – Siguietes

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho civil, el sistema de derechos reales es uno de los temas más importantes y debatidos por la doctrina jurídica. Existen diversas corrientes de pensamiento que discuten si este sistema es de *numerus apertus o clausus*, es decir, si solo se reconocen los derechos reales que la ley expresamente reconoce, o si, por el contrario, existe una libertad para crear nuevos derechos reales.

En este trabajo de fin de grado, se abordará esta discusión doctrinal y se analizarán las diferentes posturas que existen al respecto. Además, se hará un análisis sobre el impacto económico que la decisión tiene con el foco en Europa. Para ello, se realizará una revisión de la literatura jurídica y se examinarán las principales sentencias y resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre este tema.

Lo creo un tema interesante ya que ha suscitado una gran polémica desde temprano y sigue siendo un tema actual debido a que las necesidades de la sociedad siguen cambiando continuamente. Así, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico sea capaz de dar respuesta sin violar el principio de seguridad jurídica, que, entre otros, lo sustenta.

CAPÍTULO II. DERECHOS REALES

1. CONCEPTO Y CARACTERES

Los derechos reales son definidos como los *poderes, otorgados por el ordenamiento jurídico, inmediatos y absolutos sobre una cosa, que implican en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma.*¹

Son aquellos de carácter patrimonial que permiten al dueño de un bien, su titular, disponer y disfrutar de él sujeto únicamente a las limitaciones impuestas por la ley. Autorizan a su titular a obtener ventajas económicas de una cosa y ejercer un poder de inmediata dominación. Se diferencian del derecho personal en que estos últimos lo que otorgan es la posibilidad de exigir a otro un determinado comportamiento.

Este grupo de derechos forma un aspecto muy relevante dentro de la rama de Derecho Civil. Encuadrados en el Patrimonial, se encuentra el Derecho de Cosas o Bienes, donde los derechos reales se sitúan. Esto está enlazado con su origen etimológico de manera evidente, ya que su nombre es una derivación lingüística del latín, donde *rei, res* significa cosa.

A su vez, la RAE² los define como *Derecho que atribuye a su titular poder inmediato y directo sobre una cosa.* Añade en su explicación parte de la clasificación y origen de los derechos de propiedad, siéndolos siempre y cuando exista algún tipo de servicio personal por parte del propietario del derecho.

Además, desde un punto de vista doctrinal, Roca Sastre³ define el derecho real como *“derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder que entraña un señorío, completo o menos, sobre una cosa, de carácter directo y excluyente, protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado”*. En palabras de Demófilo Mariano de Buen y Lozano *“derecho que autoriza a su titular a obtener ciertas ventajas*

¹ Muñoz, X. O. C. (2021). *Compendio de derecho civil Tomo III. 3ª edición: Derechos reales e hipotecario.* Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areceres, S.A. (p. 25).

² Real Academia Española. (s.f.). Derechos reales. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 9 de abril de 2023, de <https://dle.rae.es/derecho%20real>

³ Roca Sastre, R. (1973). *Derechos reales.* Vol. II. (4a ed.). Bosch.

económicas de una cosa, dentro de las posibilidades de la misma y frente a cualquiera que lo desconozca”⁴. Otros estudiosos como Castán se refieren al “*derecho privado que atribuye un poder de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera*”.⁵

En cuanto a sus caracteres, tal y como señala Díez Picazo⁶, podemos encontrar dos. Este concepto es esencial para comprender tanto la discusión de la que tomaremos parte en el presente trabajo como el concepto de derecho real. Si un derecho no cumple ambos, no se le podrá clasificar como tal por mucho que cumpla otros requisitos.

Así las cosas, el primero es la inmediatividad, que hace referencia al poder directo e inmediato sin necesidad del concurso de terceros que el titular del derecho tiene sobre la cosa. De esta manera, el titular del derecho puede ejercer cualquier facultad que ostente sobre la cosa en el momento que desee, sin ser requerido que otro participe en ello. Sin embargo, este carácter ha sido objeto de disputa reciente, ya que derechos reales como la hipoteca deforman y ponen en duda su significado. Concretamente, esto se debe a la separación que existe entre aquellas obligaciones mediatas e inmediatas, donde las primeras no se adhieren completamente al significado de inmediatividad. Así, en numerosas ocasiones se acaba optando por el término inherencia como conciliador de la disputa.

En segundo lugar, la absolutividad, también llamada deber universal de abstención, hace referencia a la eficacia *erga omnes*, siendo referido tal como la potestad de ejercicio del contenido del derecho frente a todos y contra todo aquel, no solo el sujeto pasivo, que intente ejercerlo sin consentimiento. Esta característica es aceptada de manera general, sin embargo, tampoco es un carácter exento de polémica. Existen autores que discuten que todos los derechos en cierta medida son absolutos al tener obligaciones ligadas con deber de respeto general.

Para una mayor comprensión del concepto, comprendamos que no es otra cosa que el resultado de una evolución histórica, que ahora intentaremos plasmar sumariamente.

⁴ De Buen y Lozano, D. M. (2015). *Lecciones de Derecho Civil Español* (Vol. I). Tirant lo Blanch.

⁵ Tomás y Valiente Castán, F. (2003). *Derecho civil español, común y foral*. Editorial Debate. (p.321)

⁶ Díez-Picazo. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen III, 5.a edición. Madrid. (p. 93)

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA⁷

No hay evidencias que indiquen cuál de los dos nació primero, si el derecho real o el personal, pero sí se sabe que el debate sobre cual debía primar fue consecuencia de la ambigüedad que se encontró en el código napoleónico. Para comprender la disyuntiva, debemos remontarnos a su germen en el mundo romano y feudal.

La propiedad civil romana del *pater familiae* fue entendida como derecho absoluto desde su concesión por Numa Pompilio. No podía ser desmembrado y no existían los derechos reales sobre cosa ajena, y estos aparecieron más tarde para facilitar la economía y tráfico jurídico. Las acciones de los pretores los diferenciaban de los derechos personales de manera práctica, pero no se daba una distinción formal. Que no existiese se puede entender como prueba de la ausencia de un *numerus clausus*, concepto que explicaremos en el siguiente capítulo.

En la época feudal, el contrato se articulaba en dos niveles – Rey con Señor y Señor con vasallo -, donde la soberanía y uso de las tierras se ponían en duda. En España en particular, el feudalismo fue más débil y tardío, pero derechos reales tales como mayorazgos o fideicomisos tenían una clara presencia, de la que hoy se pueden apreciar restos.

Ya en la Revolución francesa, el tráfico inmobiliario se liberó y la propiedad se configuró como inviolable, extendiéndose por todo el territorio. La consecuencia más generalizada fue el *numerus clausus*, pero no faltaban países europeos optando por su contrario. La elección era más que jurídica era política, en función del nivel de tutela que se le quisiesen otorgar a diferentes intereses.

Hasta mediados del siglo XX, no se había cuestionado un sistema diferente que el de tipificar estos derechos, pero porque tampoco se había discutido sobre esta dicotomía⁸. Es entonces cuando empieza la controversia doctrinal, donde se establecieron cuatro

⁷ Díaz de la Rosa, C. (2010). *Historia de los derechos reales*. Dykinson.

⁸ Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2015). *El sistema de derecho civil: introducción al derecho civil patrimonial*. Editorial Marcial Pons.

posturas: la primera, que dotaba de una amplia libertad de creación; la segunda, la que lo admitía basándose en la ley siempre y cuando se respeten unos límites (especialmente la “tipicidad causal”⁹); la tercera, aquella que defiende un sistema cerrado, pero con facultad para ampliar el contenido de los derechos; y por último, la que ni si quiera permitía una ampliación al afirmar que todas las posibilidades estaban ya contempladas.

Así, cada país de acuerdo con su propia evolución ha optado por un sistema u otro y lo ha dotado de instituciones que permitan su correcto funcionamiento. En el caso español, el Registro de la Propiedad desempeña una función esencial.

3. PROTECCIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

La publicidad registral a través del Registro de la Propiedad juega un papel fundamental en los derechos reales, los cuales se distinguen del resto de derechos por su absolutividad y eficacia erga omnes como comentábamos supra.

Así, los registradores a través de esta institución llevan a cabo una doble función de control: de entrada, no permitiendo el acceso a aquello que no cumpla los requisitos del art. 18 LH; y de salida, refiriéndonos como tal a la publicidad. Esta última garantiza que cualquiera pueda ir a la institución pública a cerciorarse de la protección que a él o a otro le es otorgada a causa del derecho real que ostenta.

Es decir, se produce un control de legalidad que impide la inscripción de los derechos recogidos en documentos tanto públicos como privados como extranjeros que no reúnan las características necesarias y consecuentemente se asegura una publicidad eficaz.

En este sentido, la figura de la fe pública registral es la encargada de garantizar la protección y seguridad jurídica en el tráfico de bienes. Siempre que este sistema funcione de manera correcta, el adquirente puede confirmar haber realizado una adquisición segura cuando a través del registro puede haber comprobado previamente que el bien no está sujeto a cargas que puedan alterar su disfrute de la propiedad. De esta manera,

⁹ García, A. R. (1994). *La tipicidad de los derechos reales*. Editorial Montecorvo, SA. (p.83)

además, se agilizan las transacciones puesto que quien adquiere lo hace simplemente de lo que viene recogido en el registro¹⁰.

Aunque este es integrado exclusivamente por derechos reales sobre bienes inmuebles, el Registro de Bienes Muebles en su caso cumple la misma función de protección y publicidad sobre los bienes muebles.

Como comentábamos, el principio de fe pública registral garantiza que quien opte por realizar un negocio de naturaleza adquisitiva confiando en lo estipulado en el registro posee la certeza de tener una situación registral que no es vulnerable. Esta seguridad se apoya en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria^{11 12}.

La razón de ser de esta institución no es otra que hacer efectiva la necesaria oponibilidad y la identificación de cada derecho real. Así, el sistema de publicidad es aquel que como consecuencia protege a los titulares de los derechos contra ataques de terceros sin tener que hacer uso de sistemas de demostración más extensos, y en segunda instancia al tercero que opte por adquirir un inmueble pudiendo cerciorarse de la inexistencia de gravámenes ocultos para un disfrute sin posibilidad de interrupción de viejos titulares desconocidos¹³.

Existen casos conflictivos en los cuales no existe esa protección proporcionada por el registro, aun a pesar de estar como anotaciones preventivas. Sin embargo, que estas se admitan como categoría intermedia entre el derecho real y personal no es aceptado por toda la doctrina aun a pesar de estar claramente apoyado por la jurisprudencia (véase la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 octubre¹⁴), como por la Dirección General de los Registros y el Notariado en su resolución del 9 de agosto 1943.

4. DERECHOS REALES RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

¹⁰ Díez-Picazo, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil. Vol. III Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral* (7º edición ed.). Tecnos. Madrid. (p. 225).

¹¹ Ley Hipotecaria, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1946.

¹² Lacruz Berdejo, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil III Derechos Reales (Vol. I)*. Madrid: Dykinson. (p.341)

¹³ *Ibid.* p.341

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 986/2003, del 23 octubre [RJ 2003/7765].

Visto que solo son inscribibles aquellos derechos reales reconocidos, estudiemos sus fuentes y contenidos de manera sumaria.

4.1. Constitución española

En la norma fundamental no encontramos normas generales sobre la materia, pero hay dos artículos que son fundamentales. En primer lugar, el artículo 38 que regula la libertad de empresa; el cual podrá afectar a los derechos reales de manera indirecta en la medida en que el desarrollo de la actividad empresarial pueda afectar a los derechos reales. De forma más concreta, el artículo 33, que regula el derecho de propiedad, al ser el derecho real de mayor transcendencia social y económica. En su articulado se reconoce junto con su función social, la cual delimitará su contenido en consonancia con las leyes. Su final es una reproducción prácticamente idéntica al artículo 349 del Código civil, donde se reconoce su protección y la posibilidad de privación justificada a cambio de indemnización.

4.2. Código Civil

Siendo la Constitución aplicable a todo el territorio nacional, es de especial importancia diferenciar entre el derecho común y los derechos forales, ya que su legislación difiere y con ello la regulación de los distintos derechos reales que a continuación exponemos.

4.2.1. Derecho común

El Código Civil regula en el Libro II: De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones el concepto y clase de cosas, donde a partir del art. 348 se regula la propiedad con sus variantes, además de la posesión en los artículos 430 y ss. Desde el artículo 467 encontramos los derechos reales limitados. El Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad, regula los sistemas de adquisición. A su vez, en el Libro IV: De las obligaciones y contratos, se sitúan los derechos reales de garantía, tradición, usucapión; y disposiciones especiales como la ley Hipotecaria o el Reglamento Hipotecario¹⁵ se encargan de profundizar en las variadas singularidades que pueden llegar a presentar.

¹⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Sociales. (1946). Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947). Boletín Oficial del Estado, 22 de febrero de 1947, 5635-5666. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1947/052/A05635-05666.pdf>

La primera clasificación ya es apreciable en la definición que inicia este trabajo, donde se distingue entre el señorío pleno y el parcial. El primero se refiere a la propiedad y el segundo, a los derechos reales limitados.

a. Clasificación¹⁶

Aun habiendo alternativas doctrinales de la misma, nos decantamos por una clasificación sencilla de los derechos reales típicos que contendría:

- Protección provisional: nos referimos a la posesión (arts. 430-466 CC), que es la mera tenencia sobre una cosa que tiene una persona, que puede o no tener la intención de adquirirla en propiedad a través del tiempo.
- Protección definitiva, por otro lado, recoge:
 - o Propiedad: derecho por excelencia de los bienes. También llamado dominio, es aquella que permite al sujeto del derecho disfrutar de la cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (348 y 349 CC). Es un derecho real pleno, a diferencia de los siguientes que son limitados o sobre cosa ajena.
 - o Derechos reales de garantía: son aquellos que afectan determinados bienes, los cuales responden en caso de la no realización de conductas. Dentro de estos encontramos:
 - Hipoteca: constituido sobre un mueble o inmueble como garantía del pago de una deuda (1874-1880 CC). No permite el desplazamiento.
 - Prenda: constituido sobre bienes del deudor o un tercero, asegurando el cumplimiento de la obligación a través de la posesión que se le concede al titular del derecho (1863 CC).
 - Anticresis: aquel que otorga al acreedor los frutos producidos por un inmueble propiedad del deudor con el deber de ponerlos al servicio del pago de intereses de la deuda y seguidamente de su principal (1881 CC).

¹⁶ Lozano, J. (2022, 5 marzo). Derechos reales: clasificación y tipos. López-Ibor Abogados. <https://lopez-iborabogados.com/article/derechos-reales-clasificacion-y-tipos/>

- Derechos de adquisición preferente: aquellos que otorgan la prioridad de adquirir un bien respecto otras personas con derechos sobre la misma. Aquí encontramos:
 - Opción: facultad de decisión del titular de adquirir un bien en determinadas condiciones, pero sin la obligación de hacerlo.
 - Tanteo: facultad que comprende la adquisición de un bien antes que otra persona, teniendo por precio lo que este último pagaría si fuese el adquiriente.
 - Retracto: facultad de subrogación en la posición del adquiriente por compra o dación en pago con las mismas condiciones que las que se reflejan en el contrato de ese.
- Derechos reales de disfrute: sobre una cosa ajena.
 - Usufructo: contiene el más amplio poder de disfrute, sujeto a la obligación de conservar su forma y sustancia salvo que el título de constitución o la ley digan lo contrario (467 CC).
 - Uso y habitación: el primero es la facultad de recibir los frutos necesarios y el segundo de ocupar casa ajena, ambos para cubrir necesidades propias y familiares (524 CC). Hoy en día en desuso.
 - Servidumbre: de variadísimo contenido, en la cual el titular de una finca permite a un tercero el ejercicio de derecho determinados, pudiendo estos últimos limitar el goce o disfrute sobre su finca.
 - Censo: aquel por el cual se debe de pagar un canon anual a cambio de un capital en efectivo o menor que el monto total del capital transferido por la propiedad.
 - Derecho de superficie: facultad de construcción en el suelo de otra persona, haciendo propia la edificación, pero manteniéndose el suelo en propiedad del otro sujeto.
 - Derecho de vuelo y subedificación: derechos de copropiedad sobre elevaciones o subedificaciones.

4.2.2. Legislaciones forales

Rafael de Ureña, de acuerdo con la doctrina minoritaria de la década pasada, exponía que significaban un *régimen de excepción para un determinado territorio, del general y*

*común que regula la vida jurídica nacional*¹⁷. De esta manera, opina que son restos de lo que en su día fueron estados independientes, haciendo de derechos seculares lo que hoy en día son derechos forales. Para la mayoría, sin embargo, la expresión de derecho foral incluía de la misma manera al común. Esta diversidad de legislación aplicable por territorios es consecuencia de la codificación del siglo XIX, en la cual influía un contexto y político que difería según territorio.

La expresión de Derecho foral se atribuye a Gregorio Mayans en su lucha por recuperar els Furs del Reino de Valencia tras la decisión de Felipe V, aunque en otras comunidades se tilda como inadecuada, como en Cataluña, al no existir fueros si no costumbres.

Estos territorios tenían dificultades para introducir las nuevas instituciones, como la propiedad privada ya en tiempos anteriores, desde la unión entre Castilla y Aragón. Así en el siglo XVIII, la autonomía legislativa entre ambas coronas se mantuvo, y con la Guerra de Sucesión, Felipe V, mediante los Decretos de Nueva Planta, derogó los fueros a aquellos reinos que habían apoyado al Archiduque Carlos de Austria. Sin embargo, en Aragón, Baleares y Cataluña se permitió la subsistencia de su derecho privado. En Navarra y País Vasco al finalizar la primera guerra carlista perdieron su potestad legislativa, aunque el primero la mantuvo por decisión del general Espartero en 1841¹⁸.

Así, una vez creados, el Derecho Civil común es solo es aplicable de manera subsidiaria en País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra; regiones que aplican preferentemente sus propias compilaciones y hacen uso de sus propias instituciones; tal y como confirma la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre estatuto de autonomía de Cataluña¹⁹.

Concretando en la materia objeto de estudio, podemos ver que en ambos sistemas hay similitudes y diferencias. Por una parte, podemos observar cómo la protección de algunos derechos como la propiedad, usufructo o hipoteca tienen prácticamente la misma

¹⁷ García Pérez, R. D. (2012). *Derechos forales y codificación civil en España*. Anuario de Historia del Derecho Español, LXXXII, 171-200.

¹⁸ García, R. (2012). *El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico*. Revista de Derecho Civil Valenciano, 12, 35-50. Recuperado de <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico>

¹⁹ Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia 31/2010, de 28 de junio [BOE número 172, de 16 de julio de 2010]. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11873.

configuración. Aun así, entre otros factores, la costumbre que, entre otros, les configura, también provoca que existan figuras jurídicas que en otro régimen nacional no se contemplan. Viendo sumariamente diferencias en figuras concretas, nos centramos en la creación de derecho reales que cada complicación ha establecido como propia y hacemos análisis de una posible elección de sistema que, a diferencia de nuestro Código Civil, pueda estar ya establecida.

b. Derechos reales en general, creación y situaciones intermedias en las legislaciones forales

En Aragón, su Código del Derecho Foral (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo)²⁰, no regula toda la materia de derechos reales si no que se limitan a determinadas situaciones tal y como presenta su Exposición de Motivos. En este código, se da especial importancia a las relaciones de vecindad, servidumbres, derecho de abolorio y ganadería. Como podemos observar con la mención al derecho de abolorio, existen derechos reales que se han configurado por el legislador únicos del territorio. Respecto a su creación y situaciones intermedias, silencio.

En Cataluña, el Libro quinto de su Ley 5/2006²¹, de 10 de mayo habla sobre derechos reales con dos orígenes diferentes, romano como el usufructo u de origen medieval como la medianería. Tiene una amplia regulación sobre el tema y tan pronto como en su Exposición de Motivos admite la doctrina del *numerus apertus* al asegurar al asegurar *el establecimiento de una regulación de los derechos reales limitados que casi siempre es subsidiaria del pacto entre las partes*. Respecto a las situaciones intermedias, los artículos 568-671 de su ley versan sobre el derecho de opción por diez años y el de retención, que siempre ha sido muy discutido por la doctrina, como derecho de garantía.

En Galicia, su Ley de Derecho Civil (Ley 2/2006, de 14 de junio)²² regula en su título VI diferentes figuras de derechos reales, como los montes abertales, los muíños

²⁰ Gobierno de Aragón. (2011). Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Boletín Oficial de Aragón, 61, 2444-2547.

²¹ Generalitat de Catalunya. (2006). Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Boletín Oficial del Estado, núm. 133, de 3 de junio de 2006, pp. 21923-21938.

²² Xunta de Galicia. (2006). Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. DOGA, núm. 118, de 20 de junio de 2006.

herdeiros o las agras y los vilares. Respecto a su creación, su complicación guarda silencio, al igual que para tratar aquellos derechos de dudosa naturaleza real.

En las Baleares, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre²³, divide los libros en función del ámbito de aplicación. En su libro primero, aplicable a Mallorca, habla a partir del art. 54 del “estatge”, los censos, el alodio y análogos, y el libro segundo, aplicable a Menorca, prohíbe la aplicación de esos mismos en su territorio, aunque no regula más allá en materia de derechos reales. Para Ibiza y Formentera, únicamente se prevé el derecho de habitación (art. 85).

En Navarra a su vez, el Fuero Nuevo - Ley de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo)²⁴, tras la nueva redacción y numeración de las leyes que ha originado la Ley Foral 21/2019, 4 de abril, que actualiza la complicación, dedica su Libro III, “de los bienes” a los derechos reales, tratando: la propiedad y posesión, las limitaciones de la propiedad, las comunidades de bienes y derechos, las servidumbres, el usufructo, habitación, uso y otros derechos similares, el derecho de superficie, los retractos y otros derechos de adquisición preferente y garantías reales, todo ello entre las leyes 346 a 487 inclusive. Como se puede observar, hay una extensa regulación sobre ellos, pero su compilación no trata el tema de creación de nuevos derechos reales.

Para las situaciones intermedias, admite la posibilidad de constituir los derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios como reales o personales en función de lo que se establezca para cada caso.

Por último, el País Vasco en su Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco²⁵ no regula especialmente esta rama de derechos, pero menciona en su articulado el usufructo poderoso, el viudal u otros como la preferencia por troncalidad. Este derecho foral no trata de manera específica la creación de derechos reales ni los derechos de dudosa naturaleza real.

²³ Govern de les Illes Balears. (1990). Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles de las Illes Balears. BOIB, núm. 111, de 15 de septiembre de 1990, pp. 4917-4982.

²⁴ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Boletín Oficial del Estado, núm. 66, de 17 de marzo de 1973.

²⁵ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. (2015). Boletín Oficial del País Vasco, núm. 124, 5805-5818.

Después de ver los diferentes casos, podemos afirmar que muchos de ellos tienen especialidades y figuras únicas dadas por motivos históricos en materia de derechos reales, adecuados entre otros a su costumbre. Sin embargo y para lo que nos ocupa, el único de ellos que expone abiertamente que es un sistema que admite la creación de derechos nuevos en este caso es el Código Civil de Cataluña.

Con esto dicho y aun con diferencias, ambos sistemas, el Civil Común y los forales, comparten un marco general amplio y tienen como objetivo proteger los mismos intereses y derechos de las personas.

4.3. Leyes especiales

Hay multitud de leyes especiales que regulan derechos reales. Por ejemplo, la Ley de Propiedad Horizontal²⁶ y aquellas que tratan las propiedades especiales, como tenemos de ejemplo aguas, minas, propiedad industrial y propiedad intelectual. Fuera de un marco tan específico por materia, también tienen importancia las leyes que, aunque encuadradas en Derecho administrativo, versan sobre derechos reales o son límites establecidos al derecho de propiedad (vid. Art.33 CE). Estas son las Leyes de Patrimonio del Estado²⁷, del Patrimonio Nacional²⁸, del Patrimonio Histórico español²⁹ y la Ley del Suelo³⁰.

Siendo esto cierto, son esenciales para la comprensión de este trabajo aquellas que regulan el Derecho hipotecario, especialmente la Ley Hipotecaria y su Reglamento³¹, de cuyo articulado iremos haciendo referencia en el presente estudio.

4.4. Categorías intermedias³²

²⁶ Ley de Propiedad Horizontal (España), Ley 49/1960, de 21 de julio.

²⁷ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. BOE núm. 154, de 29 de junio de 1985.

²⁸ Ley 23/1982, de 16 de junio, de Patrimonio Nacional. Boletín Oficial del Estado [BOE], núm. 148, de 22 de junio de 1982, pp. 18015-18020.

²⁹ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

³⁰ Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo y de Rehabilitación Urbana. Boletín Oficial del Estado, núm. 129, de 29 de mayo de 2007.

³¹ Reglamento Hipotecario. (1861). Real Decreto de 14 de febrero de 1861, Gaceta de Madrid, núm. 45, de 14 de febrero de 1861.

³² Muñoz, X. O. C. (2021). *Compendio de derecho civil Tomo III. 3ª edición: Derechos reales e hipotecario*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areceres, S.A. (p. 32).

Estos son derechos que, al no cumplir todos los efectos, no son considerados derechos reales en su totalidad, pero cumplen muchas de sus características por lo que se encuentran clasificados en una categoría intermedia. Estas son:

- Ius ad-rem: nació en la Edad Media, donde el feudo sin previa investidura llevaba anejo el disfrute de bienes determinados. Tiene vocación de consumación de la dominación real sobre la cosa, pero no consigue atribuir el poder inmediato de hacerlo ya que está pendiente de prescripción. Por ejemplo, el derecho real de hipoteca sin inscripción registral, ya que esta es requisito esencial para que el derecho se constituya. Así, se ostentan facultades con rasgos de los derechos reales, pero no están perfeccionadas. Esta categoría intermedia, como se indicaba en el apartado de publicidad registral, sigue suscitando dudas hoy en día.
- In faciendo: es aquel que conlleva la conducta activa del titular del bien, como puede ser una servidumbre positiva donde el dueño del predio sirviente está obligado a realizar determinadas prestaciones.
- Propter rem: obligaciones en un sentido puro, en las cuales el deudor se determina por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, como puede ser contribuir a los gastos generales para el propietario de un piso según su cuota de participación (art. 21 LPH).
- Ius distrahendi: derecho del acreedor pignoraticio o hipotecario de realizar el valor de la cosa por los procedimientos legales establecidos cuando la deuda sea vencida y no se haya satisfecho, siempre con previa notificación al deudor de la intención.
- Cargas reales: hay controversia sobre si es derecho real o personal. Son los censos (art. 1604 CC).

CAPÍTULO III. SIGNIFICADO DE NUMERUS CLAUSUS Y NUMERUS APERTUS

El sistema de derechos reales es un conjunto ordenado de normas y procedimientos que regulan el funcionamiento de los derechos reales. En nuestro caso, entramos al núcleo del trabajo y a través de literatura y jurisprudencia, analizaremos si el español actualmente es reconocido por la doctrina mayoritaria como *numerus clausus* ó *numerus apertus*.

1. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS³³

Son locuciones latinas que hacen referencia a dos posiciones encontradas en la discusión sobre la posibilidad de crear o no nuevos derechos reales o, dicho de otra forma, sobre la existencia o no de derechos reales atípicos.

1.1. Numerus clausus

Este sistema se caracteriza principalmente por dos prohibiciones: la primera es requisito necesario e inmodificable y entraña no crear derechos reales no previstos por la ley. La segunda, sin embargo, se trata de modificar los contenidos de los existentes, prohibición que está enormemente flexibilizada salvo para el núcleo esencial y que se apoya en la autonomía privada. Un ejemplo claro es la servidumbre.

Su fundamentación nace a raíz del orden público, el cual si alterado puede afectar a la libre circulación de bienes y a terceros a soportar cargas para cuyo nacimiento fueron ajenos. Países como Alemania, Suiza, Austria o Portugal defienden este sistema de origen romano, gracias a la influencia del proceso codificador francés que temía las relaciones feudales que precedían ese proyecto literario.

Así, se habla de tres tipos de tipicidades³⁴. La formal, que hace referencia estricta a la ley; la sustantiva genérica, que implica que el contenido de los derechos está recogido en ella; y la sustantiva específica, que permite subtipos dentro de las categorías recogidas en la legislación. Como se puede observar en esta clasificación, aquellos que defienden este

³³ Cfr. Peralta Mariscal, L. (2015) *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus*. Primera ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (p.510 y ss)

³⁴ Cfr. García, A. R. (1994). *La tipicidad de los derechos reales*. Editorial Montecorvo, SA.

sistema pueden adoptar muy variadas posturas, desde aquella totalmente positivista a otras que posibilitarían un universo más amplio de derechos reales.

Lo que sí está claro desde esta posición es que es presupuesto necesario para la existencia de un derecho real típico que la ley describa con suficiente profundidad una situación jurídica y su correspondiente régimen, bastando por ejemplo para aquellos menos rígidos, una tipicidad sustantiva sin necesidad de su clasificación como real.

Así las cosas, la creación de derechos reales está limitada para particulares, pudiendo también el Estado, a través del Parlamento, adaptarse a una nueva realidad social. Este sistema facilita el desarrollo normal del Registro y la seguridad jurídica, la cual permite que únicamente a través de un *nomen iuris* se pueda conocer el alcance y contenido del derecho real en cuestión con exactitud.

1.2. Numerus apertus

Esta postura permite la creación de derechos reales a través de la autonomía privada. Los que apoyan este sistema defienden que la lista de derechos recogida en la ley es solo ejemplificativa, por lo que cabe la posibilidad de añadir nuevos aun sin estar tipificados.

De esta manera, el legislador sería más permisivo y capacitaría a la propia realidad social y los cohabitantes de esta buscar respuestas que se adapten de manera más específica a las diferentes situaciones, generando probablemente un mayor número de derechos reales, pero más específico para cada coyuntura.

En nuestro derecho, el fundamento principal es la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC siempre que no sea contrario a leyes, moral u orden público.

Sin embargo, nuestra legislación es ambigua y causó esta larga disputa doctrinal de la que venimos hablando. Cuando se intenta así buscar solución en lo escrito, apreciamos rápidamente que el Código Civil no dice nada al respecto.

Pero como sabemos, hay muchas otras fuentes de derecho disponibles, por lo que nos topamos casi de manera inmediata con los arts. 2.2 LH³⁵ y art. 7 RH³⁶. Son la base y objeto de estudio para gran parte de la discusión, ya que de manera ambigua e implícita hacen referencia a nuestro sistema.

El primero de estos dos artículos habla de los derechos reales inscribibles, acabando con *y otros cualesquiera reales*. El Reglamento a su vez, alude a los mismos y *cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza*. Como se puede observar, ninguna de las dos normas lo establece de forma clara, aunque para muchos sea evidente que se aprecia una gran tendencia a la apertura.

Respecto a la ley, los que se oponen a un sistema abierto argumentan que puede hacer referencia a otros derechos que no están en ese artículo, pero si tipificados en otro lugar. Del reglamento, se sostiene por estos mismos que no habla de derechos *per se*, si no del acto o contrato que puede rellenar de contenido al derecho imposibilitando así que nuevos derechos puedan entrar en el sistema.

2. DISCUSIÓN DOCTRINAL

La discusión de la doctrina parte de la convicción de necesidad de nuevos derechos reales, pero pone en tela de juicio si la autonomía privada puede ser capaz de crearlos. Así, vamos a exponer los argumentos que, de manera general, la doctrina expone para cada una de las dos posturas.

Antes de darlos, mencionamos una categoría intermedia. Este grupo doctrinal defiende que, a efectos prácticos, la distinción es inútil ya que el régimen cerrado restringe enormemente la autonomía privada y el abierto es tan flexible que a través de él se podrían seguir generando nuevos tipos legales.

³⁵ Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

³⁶ Conforme a lo dispuesto en el [artículo segundo de la Ley](#), no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

2.1. Argumentos a favor del *numerus clausus*

Lo primero a lo que se hace referencia es al orden público, donde solamente el Estado debe ser el capaz de regular la eficacia e intereses de terceros. Lo normal es que las cosas se encuentren con gravámenes posibles de prever y que permitan un libre tráfico jurídico. En un sistema cerrado, solo con el nombre de un derecho se puede hacer un esquema mental de lo que supone su contenido, evitando entre otras cosas conflictos de derechos y la posibilidad de que la parte débil de la relación vea minimizadas sus facultades.

La segunda cuestión para tener en cuenta sería la distinción respecto a los derechos personales, subordinados a los primeros por su vinculación con el interés general. A partir del dominio nacen el resto. Este hace de cuna y límite de sus derivaciones, por lo que ninguna creación se puede salir del ámbito marcado por él. Así, es imposible que exista un sistema completamente abierto, pero sí completamente cerrado. Estos derechos perduran por lo que, a diferencia de los temporales derechos personales, se podría hacer una lista inmodificable de los necesarios en una sociedad.

Si seguimos analizando argumentos, el tercero es más práctico que otra cosa, y hace referencia al buen funcionamiento del registro. Que sea un sistema cerrado permite la brevedad de las notas y la suficiente claridad en el contenido de aquello que se inscribe.

2.2. Argumentos a favor del *numerus apertus*

Siendo estados democráticos los que estudiamos, lo normal sería que la libertad fuese respetada, y esto se consigue a través de un sistema abierto. Este modelo se propuso para la Comunidad Europea³⁷ añade que es posible que el Estado otorgue eficacia con un control a posteriori.

³⁷ El sistema de garantías reales europeo propuesto por Comunidad Europea tiene como objetivo establecer un marco común para la regulación de los diferentes tipos de garantías reales existentes en los Estados miembros de la UE y reducir las barreras y obstáculos que pueden surgir en los casos de garantías reales transfronterizas. Sigue en fase de discusión. (entre otras fuentes: Comisión Europea. (2018). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho europeo de garantías reales sobre bienes muebles y sobre la creación de un sistema de registro electrónico de garantías reales*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1532345260167&uri=CELEX:52018PC0359>)

Se afirma desde esta postura también que es la manera idónea de responder a necesidades sociales nacientes en un mundo que evoluciona. Respondiendo al argumento de ambigüedad que se reza desde la postura contraria, se dice que la creación a través de la autonomía privada de nuevas figuras permite que la tipicidad social generalice estos tipos. Este tipo de publicidad facilita la incorporación en legislación positiva de manera más definida.

La imposibilidad de prever por anticipado los derechos reales, al igual que pasa con los contratos, es otro punto para tener en cuenta en un mundo en constante evolución. Así, es posible, aunque muy poco probable siendo realistas, que se den nuevas necesidades que no estén cubiertas por los derechos existentes. Pero si se diesen, es una ventaja que se pudiesen cubrir con nuevas figuras. Sin embargo, si estas nuevas creaciones no cumpliesen con los requisitos del art.18 LH, no serían derechos reales.

En general, los defensores de esta doctrina concluyen apoyando que el estado actual del derecho justifica la elección de este sistema, máxime cuando es suficiente con establecer restricciones y existe la posibilidad de dar a conocer los nuevos derechos a través de los registros.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS EJEMPLIFICATIVO DE NUESTRA DOCTRINA

1. DOCTRINA DE LA DGRN

El Registro de la Propiedad es imprescindible en este estudio, como ya hemos apuntado en apartados previos, ya que la institución encargada del mismo es la responsable de establecer el alcance del régimen vigente en la práctica, más allá de las reflexiones teóricas y acorde con el control de legalidad establecido por el art. 18 LH.

Las resoluciones de esta institución a la que ahora nos referimos no son de carácter vinculante, aun así, son enormemente respetadas tanto por su función como por la calidad técnica con la que son elaboradas. De esta manera, aunque los tribunales no estén obligados a coincidir en rumbo, son esenciales para determinar los derechos inscribibles, tal y como se apunta en su resolución del 1 de 1981³⁸.

Esta institución ha reconocido la validez de un sistema abierto³⁹, como se puede observar en las resoluciones que analizaremos a continuación.

1.1. Análisis de resoluciones

Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993⁴⁰

En esta, poniendo la investigación en un punto temporal relativamente lejano, haciendo referencia exactamente a los artículos 2.2º LH y 7 RH comentados anteriormente, se dice que *“No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad”*.

³⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado. (1981). Resolución de 1 de abril de 1981 [BOE, 16 de mayo de 1981]. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1981-12139

³⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado. (1996). Instrucción de 29 de octubre de 1996: sobre la inscripción de los derechos reales de garantía [Preámbulo]. BOE, 12 de noviembre de 1996, 31314-31317. <https://www.boe.es/boe/dias/1996/11/12/pdfs/A31314-31317.pdf>

⁴⁰ Dirección General de los Registros y del Notariado. (1993). Resolución de 4 de marzo de 1993 [BOE, 26 de marzo de 1993]. <https://www.boe.es/boe/dias/1993/03/26/pdfs/A07918-07919.pdf>

Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2002⁴¹

Versa sobre una servidumbre negativa de no uso, y respalda un sistema *numerus apertus* a propósito del caso de una servidumbre negativa de no uso, donde la Dirección afirma que es uno de los derechos más notables donde observarlo. En la misma confirma que no es necesaria una tipificación legal del derecho real, si no que basta con la voluntad de las partes y la tenencia de los dos caracteres que lo clasifican como tal, siempre que no sea contraria a la ley ni al orden público.

Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 2002⁴²

En la cual se afirma la posibilidad la creación de derechos reales y expone sus requisitos como justificación de la denegación de inscripción del caso concreto. Particularmente, en este supuesto de hecho se quebrantaban los límites y requisitos estructurales del estatuto jurídico de la propiedad, ya que este no respondía a una causa que justificase su carácter vitalício, la cual es la única justificación para crear derechos reales limitados singulares de carácter eterno e irredimible.

Resolución de la DGRN de 1 de julio de 2005⁴³

Aquí se recuerda que es requisito esencial para la inscripción que el derecho tenga las dos características propias de los derechos reales, no bastando con la autonomía de la voluntad por sí misma a hacer de cualquier derecho, derecho inscribible.

Resolución de la DGRN de 15 de enero de 2013⁴⁴

En esta se analiza la oportunidad de que una finca tenga de manera vinculante una participación en otra, y en la cual al referirse al sistema se dice de manera expresa que

⁴¹ Dirección General de los Registros y del Notariado. (2002). Resolución de 5 de diciembre de 2002 [BOE, 3 de enero de 2003]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-180

⁴² Dirección General de los Registros y del Notariado. (2002). Resolución de 18 de noviembre de 2002 [BOE, 12 de diciembre de 2002]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22499

⁴³ Dirección General de los Registros y del Notariado. (2005). Resolución de 1 de julio de 2005 [BOE, 19 de julio de 2005]. <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/19/pdfs/A24929-24931.pdf>

⁴⁴ Dirección General de los Registros y del Notariado. (2013). Resolución de 15 de enero de 2013 [BOE, 1 de febrero de 2013]. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/02/01/pdfs/BOE-A-2013-1049.pdf>

“dado que en nuestro ordenamiento rige el sistema numerus apertus de derechos reales...”.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, además de aceptar el sistema de *numerus apertus* desde mediados del S. XX, lo dota de una gran extensión. Por ello, su tendencia aperturista es incuestionable y si cabe más clara que por la que opta expresar la DGRN. Sin embargo, que el objeto de recurso sean los derechos reales es bastante inusual, y en la mayoría de casos se limitan a referenciar las anteriores RDGRN.

Analicemos a continuación alguna de su jurisprudencia más marcada en torno al tema.

2.1. Análisis de sentencias

Sentencia de caso en 1960 (s.n.).

Esta sentencia es de las primeras que comienzan a apoyar la teoría de un sistema abierto, movimiento que se comienza a plantear la posibilidad del sistema abierto y alejarse de la raíz romana. Aquí, el tribunal es de la opinión que hay cambios y restricciones en los elementos que forman parte del derecho real de dominio cuando se desarrollan las relaciones sociales, que crean a través de la voluntad actos jurídicos que a su vez originan nuevos derechos reales. Caracteriza a su vez a estos últimos por recaer directamente sobre una cosa, sin una determinación de sujeto pasivo individual y generando una acción erga omnes contra el poseedor de esta.

Sentencia 18/05/1963 (s.n.).

Esta difiere de la anterior en cuanto a contenido, ya que no desarrolla la posibilidad de crear nuevos derechos reales, si no la de crear fragmentos de contenido del derecho de propiedad distintas a las tipificadas en la ley. El razonamiento se apoya en el pleno señorío del que goza el dueño en virtud de su derecho, el cual tiene plena libertad para disponer de las facultades que conlleva.

Sentencia nº25/1979 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 1 de febrero 1979⁴⁵

La desestimación del recurso contra una sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona expone como una facultad libremente ejercitable de “*facere*” de edificación, donde faltan requisitos básicos de constitución, incluyendo la racional creencia del propio dominio sobre el terreno que se invade no es suficiente, como lo podría ser si se cumpliesen los requisitos, como para hablar de un derecho de superficie.

Sentencia nº1110/2002 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 26 de noviembre 2002⁴⁶

Aquí nos encontramos un análisis detallado del derecho de superficie previa regulación por la Ley del Suelo, en la que llegados a un momento el tribunal expone que:

“Aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de "numerus apertus" en materia de creación de derechos reales, ...”

De esta forma, afirma de manera directa y contundente su posición respecto a un sistema abierto y el uso con la autonomía de la voluntad, tema que abordaremos en el apartado siguiente.

Sentencia nº773/2013 de TS, Sala 1ª de lo Civil, 10 de diciembre 2013⁴⁷

En este caso, se analiza con especial hincapié los requisitos de constitución de un derecho real limitado, el de goce, y tras ello hace alusión genérica a la creación de derechos reales. Aquí, da por sentado que se permite y prohíbe una que tenga contenido impreciso y que como consecuencia someta el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y con

⁴⁵ TS, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia nº25/1979 de TS, de 1 de febrero 1979. Recuperado de <https://vlex.es/vid/-76686984>, el 6 de marzo 2023.

⁴⁶ TS, Sala 1ª de lo Civil. (2002). Sentencia nº1110/2002 de 26 de noviembre de 2002. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/puramente-ajenos-perfeccion-constitutiva-15397675>

⁴⁷TS, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia nº773/2013, de 10 de diciembre de 2013. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/urbanistico-accion-deslinde-administracion-488265258>

riesgo a interpretar ampliamente, donde los terceros no conozcan con precisión su alcance y tiempo y en consecuencia los deberes que tienen por el mismo.

CAPÍTULO IV. SISTEMA ACTUAL⁴⁸

El sistema español es dificultoso, al ser uno de los sistemas más abiertos que existe y peligrando la seguridad jurídica en el caso de que el registro no cumpliera su función de control.

Sin embargo, esta creación de derechos es generalmente admitida, y de esta manera se aceptan acuerdos que modifiquen el contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (vid. arts. 392, 467 y 470 CC), se aprueba anudar los derechos reales a condición, término o modo; y se permite inventar nuevos tipos de derechos reales.

No es habitual esta última situación, ya que implicaría después de años de historia, descubrir nuevas facultades que atribuir a una persona sobre una cosa. Aun así, ejemplos como los que hemos analizado en el anterior apartado son demostración de que la posibilidad ha sido aceptada. La DGRN admite su inscripción siempre y cuando se respeten ciertos límites y se cumplan requisitos, aunque a su vez haga referencia a las bondades que suscitaría un sistema cerrado y admita que este último es más acorde a su naturaleza.

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Así, partimos del artículo 1255 CC donde encontramos los primeros límites: no ser contrario a las leyes, ni a la moral, ni al orden público (entendido especialmente como económico).

Además de la creación de nuevas figuras, el sistema permite añadir contenido a los existentes derechos reales distintos del dominio, ya que este no puede ampliarse sin violar la ley. En el caso del condominio, es muy amplio el margen que se le da a la autonomía de la voluntad (art. 392 CC) salvo que una posible división torne inservible a la cosa.

Para los derechos de disfrute de la cosa ajena, en principio la autonomía estaría bastante reglada, pero no se cierra la puerta a figuras nuevas que se puedan encuadrar dentro del

⁴⁸ Cfr. Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2006). Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 693. (p. 309-315)

uso, habitación o servidumbre. Esta cuestión es diferente según la doctrina para los derechos de garantía, ya que los mismos conllevan facultades excepcionales que deberán ser regladas solamente por la ley al afectar a la igualdad de los acreedores y patrimonio del deudor. Los censos a su vez también son de limitada modificación, al estar establecidos ya los tres tipos por ley. Por último, en los derechos de adquisición encontramos un amplio margen de libertad donde, eso sí, cabe definir su oponibilidad.

2. OTROS REQUISITOS

A esto le añadimos la doctrina que reconoce un sistema abierto teniendo en cuenta las siguientes directrices, las cuales dividimos en tres grandes bloques: generales, de constitución, y personales.

Las generales son:

1. Respetar el marco general de los derechos reales tal y como se estableció en la Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1966. Esta exige las dos características esenciales, inmediatividad y absolutividad. Deben de obtener esta calificación para ser inscribibles.
2. El principio de especialidad, entendido como descripción conveniente del derecho y la cosa sobre la que recae⁴⁹, junto con su contenido y ejercicio.
3. Control de legalidad
4. Existencia de intereses dignos de tutela jurídica, la cual no es otra cosa que la justificación para su creación, siendo demostrado que los derechos existentes son incapaces de alcanzar la protección necesaria para que no se vean vulnerados.
5. No ser derechos reales de garantías. El motivo es que estos son regulados por normas imperativas por lo que son competencia exclusiva del legislador. No obstante, desde el 2011 este requisito se matiza siempre y cuando los efectos se regulen o se remitan a los de una figura análoga.
6. No ser derechos personales ni dudosamente reales.

⁴⁹ Tal y como exige el artículo 9 LH y 59

Desde una perspectiva más precisa y con ánimo de delimitar con claridad el contenido de los derechos reales de nueva creación, encontramos los requisitos de constitución, que se dividen en etapas cronológicas: presupuestos, simultáneos y posteriores.

Los anteriores a su constitución son: inexistencia de una prohibición especial, capacidad de hecho y de derecho de las partes para constituirlo, potestad del transmitente suficiente (específicamente, regla *nemo plus juris*), compatibilidad con los derechos vigentes sobre la cosa, autorización previa si es constitutiva, respeto al principio de prelación y constatación del supuesto legal en el caso de derechos reales cautivos.

Los simultáneos a su constitución son: inmediata y directa la relación de las partes con la cosa, determinación exhaustiva del contenido y del beneficiario (especificando porciones atribuibles si es más de uno), singularidad por novedosa de la cosa, respeto a las normas cierre del sistema, claridad sobre la causa final objetiva, indicación del precio si oneroso, proporcionalidad entre valor y finca (si se trata de censos, rentas o análogos), determinación de la condición o del plazo si son de aquella naturaleza, respeto a la libre circulación y adecuada explotación, cumplimiento de formalidades y la no trascendencia a terceros de nuevos efectos.

Los posteriores son: teoría del título y el modo completa salvo excepciones (vid. art. 609 CC), inscripción para su oponibilidad y la notificación en el caso de que la ley lo exija.

Por último, los requisitos personales. Los creadores de derechos reales son dos. Los particulares son el primer grupo, siempre y cuando se respeten los requisitos mencionados que protegen la seguridad jurídica de nuestro Derecho. Que este grupo pueda participar en su creación parece generalmente aceptado.

Que pueda el legislador, que es el segundo sujeto que cumple el requisito personal, es consenso absoluto de la doctrina y de nuestro ordenamiento jurídico en general, al ser el máxime encargado del formalismo. A modo de ejemplo, lo podemos ver en la legislación foral, como es el caso claro de la Ley 5/2006, de 10 de mayo⁵⁰, ya vista, la cual, en su libro quinto, encontramos derechos reales creados por el mismo.

⁵⁰ Código civil de Cataluña

Con esto dicho y aunque sea generalmente aceptada la apertura de nuestro sistema para la creación hasta por particulares, la realidad es que existen limitados casos de creación de derechos ex novo, pero un amplio margen para la modificación de contenido de los existentes.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS ECONÓMICO

Llegados a este punto del trabajo, nos alejamos un poco de la óptica jurídica tradicional y caemos en un aspecto práctico esencial en la sociedad, la economía. Hay que incidir en el hecho de que, dentro de los extensos escritos que defienden o atacan uno de los dos sistemas, el aspecto económico ha sido prácticamente ignorado por los estudiosos españoles⁵¹.

Esta cuestión no es baladí, ya que determinar la forma más eficiente para asignar los recursos existentes y, por ende, explotar de la manera más beneficiosa posible, está estrictamente unido al concepto de los derechos reales. Sin embargo, hay que dar un aviso: sea cual sea el resultado de este pequeño análisis, no hay que olvidar que los aspectos que vamos a razonar a continuación dejan olvidados otros relevantes en un estudio holístico sobre la institución jurídica.

El sistema de derechos reales toma parte en la asignación de recursos económicos, siendo estimulante para la producción que los derechos estén correctamente definidos. Esto es así porque cuan más claros su contenido y límites, más se disminuye el riesgo del resultado de la inversión beneficiando al sujeto activo de la operación. Además, incide directamente en los costes de comercialización, siendo deber del Estado reducirlos en la medida de lo posible.

Aun así, la decisión que toman los diferentes países al respecto, la cual veremos, no se ha apoyado únicamente en la teoría económica, la cual desaconseja un sistema abierto. Consecuentemente y a causa de otras ramas como la política, que irremediamente forman parte de la órbita de decisiones, se contemplan un sistema u otro dependiendo del país.

Intentando no influenciarnos por otro aspecto que no sea el económico, establecemos un concepto de economía como la encargada de la asignación de recursos de manera eficiente, donde uno de los principales es la propiedad inmobiliaria.

⁵¹ Cfr. Peralta Mariscal, L. (2015) *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus*. Primera ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni,

Podemos observar conociendo un poco esta ciencia, en relación con nuestro objeto de estudio, que la proliferación excesiva de derechos reales acaba provocando una subexplotación de activos, lo que lleva irremediablemente ligado una bajada en los precios. Autores como Merrill y Smith⁵², reivindican que esta ciencia explore más el tema, y es de notable reconocimiento que gracias a sus trabajos los países anglosajones han ampliado el estudio en esta cuestión.

Existen técnicas analíticas que nos permiten obtener recomendaciones, en este caso con la necesidad de previsión por el público en general, que es el que en última instancia activa la economía. Se observa, entre otros, al afirmar que las normas respecto a los objetos determinan interacciones entre personas y consecuentemente están también ligadas a sus incumplimientos, además de poseer todo esto un valor económico.

Así, vamos a dividir este análisis en distintas cuestiones, a priori inconexas pero todas ellas relevantes dentro del ámbito de los derechos reales en la economía.

Primero comenzaremos con un ejemplo, la concurrencia de derechos de propiedad sobre la misma cosa, para ejemplificar la relación entre los derechos reales y la economía para aquellos lectores que los consideren departamentos estancos, y demostrar la afectación de una a la otra además de resaltar que el Estado tiene el deber de adoptar políticas legislativas al respecto. Más tarde y concretando, expondremos los argumentos de cada postura y se hará una síntesis de cuál es la elección preferida por la doctrina junto con sus motivos. Para terminar, un pequeño apunte sobre derecho comparado, ya que como hemos mencionado cada país debe tomar una decisión sobre el sistema que rige en su ordenamiento.

1. EJEMPLO – DERECHOS REALES Y EFICIENCIA ECONÓMICA

Elegimos la propiedad al ser el derecho real por antonomasia, y dentro de ella un caso enormemente estudiado que expone a la perfección la interrelación entre nuestros derechos reales y la economía. Al pensar en el derecho de propiedad, pensamos

⁵² Merrill, T. W., y Smith, H. E. (2001). *The optimal standardization in the law of property*. Yale Law Journal, 110(6), 1075-1156.

directamente en la propiedad privada, pero la realidad es que existen otras dos situaciones que llegadas al extremo producen enormes ineficiencias.

Así, dentro de la concurrencia de derechos sobre la misma cosa, nos podemos encontrar con tres situaciones diferentes: la propiedad común, la anticomún y la privada. Mientras que la última mira en una dirección igual, en las otras dos propiedades “no privadas” hay un desajuste en los derechos de uso y exclusión. Es verdad que, de manera intencionada, los dueños no dividirán de manera ineficiente su propiedad, pero hay situaciones que lo pueden provocar de manera natural.

No debemos confundir este supuesto de hecho con casos similares como un condominio de pocas personas o una propiedad desmembrada.

1.1. Propiedad común

La propiedad común, que es aquella en la que todos tienen su facultad de utilizarla y ninguno puede excluir al resto de ello. Por ejemplo, unos derechos de explotación de una parcela que comparten varias empresas agrícolas.

En estos casos, varios sujetos tienen derechos conjuntos de uso de un determinado activo, sobre el cual ninguna de ellas tiene el derecho de excluir a los demás copropietarios.

Para su análisis económico, es imprescindible hablar de la “tragedia de los comunes⁵³”, término propuesto por Garret Hardin y que este explica en forma de relato: unos pastores comparten tierras y recursos comunes. En su lógica, cada uno de ellos buscará maximizar beneficios, y por ende tener todo el ganado que le sea posible. Pero esta ventaja se contrapone a lo que supone el sobrepastoreo de un animal más, que será repartido entre todo el grupo. Pero si todos decidiesen de esa manera sin tener en cuenta el conjunto, esa utilidad parcial e individual obtenida por cada animal los obligaría implícitamente a incrementar su ganado ilimitadamente a cada uno de ellos. Aunque el sobrepastoreo implique un gasto menor al ser repartido, la suma de todos ellos si se aumentase el ganado sin tener en cuenta el impacto en el grupo acabaría en ruina.

⁵³ Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248. <https://doi.org/10.1126/science.162.3859.1243>

De la misma manera opina Posner⁵⁴, que argumenta que este tipo de propiedad solo será eficiente si los costes de ejecución son intencionadamente desproporcionados en relación con las ventajas. Por ejemplo, una madre que deja una tienda a sus hijas donde las inversiones de reformas que haga cada una beneficia inevitablemente a la otra, pero acarrearán una asignación de recursos que unilateralmente no se puede impedir.

1.2. Propiedad anticomún

La propiedad anticomún es aquella referida a un recurso escaso el cual nadie puede utilizar y todos tienen derecho a excluir a los demás. Por ejemplo y para hacer la comparativa con el anterior supuesto, varias empresas que tengan derechos conjuntos de exclusión sobre un determinado activo, pero ninguna de ellas tiene derechos exclusivos de uso.

De forma pura, es muy complicado encontrarla. Hay que tener en cuenta que lo ideal de los recursos es su explotación, por lo que, a efectos económicos, su no utilización es beneficiosa en un número muy reducido de situaciones.

Así, autores como Heller⁵⁵ estudian situaciones donde los rasgos son menos marcados y por ello más probables de ocurrir, como es aquella que teniendo muchas personas el derecho a excluir del resto, sí que pueden explotarlo, pero esto está acotado. Este es el caso de un inmueble afectado por muchos derechos reales limitados, el cual en última instancia puede acarrear la subexplotación y por ello altos costes de transacción, su principal problema.

En un mundo ideal, los propietarios podrían reordenar sus derechos en cualquier momento. En la realidad, los costes existen y son altos, impidiendo en ocasiones que la transacción deseada se lleve a cabo.

⁵⁴ Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law*. Aspen Publishing.

⁵⁵ Heller, M. A. (1998). The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard law review*, 621-688.

En estos casos si los sujetos de los derechos desisten por ese motivo, la subdivisión de derechos puede ser tan alta que por mucho que los derechos reales traigan una eficacia mayor que los personales, pasado cierto límite la productividad de la cosa se reduce exponencialmente.

Lo que se acaba de comentar es la forma ligera de la “tragedia de bienes anticomunes”, que en su plenitud implicaría la inexistencia de explotación de la cosa. Esta situación es el supuesto contrario de la vista para los comunes.

Así, nos asiste el Teorema de Coese, el cual obliga a perfilar perfectamente los derechos de propiedad y trabaja sobre la consecución de bajos costes de transacción a través de tres etapas: en la primera, encontramos los costes de elección del cocontratante, que suelen ser altos cuanto menos estandarizado sea el producto. Por ejemplo, para vender un bote de tomate frito versus una edición limitada de un reloj.

En la segunda, los costes de negociación. Estos son mayores cuanto menos conocida o comprendida es la información. Por ejemplo, en la compra de un móvil nuevo versus uno de segunda mano. En estos casos se tiende a dar más información en cuanto más claro se tiene el derecho que se ostenta. Para colaborar con esto, el Registro hace pública información que era privada. Así, cuanto más gente haya más costosa será la transacción, y esto es elemento disuasorio del *numerus apertus*. Todo esto teniendo en cuenta que sea una negociación normal, porque en cuanto hay partes hostiles, el llegar a un acuerdo se complica todavía más.

En tercer lugar, nos encontramos los de ejecución. Estos son exclusivos de las operaciones a plazo, y pueden ir de cero a infinito.

Si estos costes enunciados se redujesen, permitirían a los sujetos reorganizar sus derechos de manera que se consiguiese una explotación sensata.

Esta categoría se contrapone y diferencia de la anterior, como hemos visto, según qué predomine, si los derechos de uso (común) o los de exclusión (anticomún).

1.3. Propiedad privada

La propiedad privada, que significa un dominio pleno, es aquella en la cual una persona está facultada tanto para su utilización como para excluir a terceros de esta. Vamos a incluir en este tipo, aunque pueda sorprender en un principio por su estructura formal, el condominio y la propiedad que incluye algún otro derecho real (como la servidumbre o el usufructo), porque a efectos económicos los costes de transacción y efectos se asemejan mejor a los que se encuentran en esta categoría.

Después de los problemas expuestos en apartados anteriores, podemos afirmar que este tipo de propiedad es la que resuelve los inconvenientes, aunque llevado al extremo también resultaría ineficiente. De hecho, no existe ninguna legislación que contemple una propiedad privada sin posibilidad de ejercer derechos parciales sobre ella.

Con estas tres categorías de reparto de derecho de uso y exclusión expuestas, desde el punto de vista económico podemos observar cómo tanto la sobreexplotación como la subexplotación puede generar grandes pérdidas a nivel global, y cómo de difícil en la realidad es tener una propiedad privada plena que a su vez tampoco sería óptima. Está claro que el sistema español no permite ese nivel de amplitud, pero lo analizado nos hace concluir que la apertura a la creación de derechos reales ilimitada genera un menoscabo de la propiedad. A partir de determinado punto, todo desarrollo de derechos reales, en este caso sobre cosa ajena, produce pérdidas de valor.

Después de hablar de introducirnos con este ejemplo, vamos a discutir ya de manera general los argumentos de los estudiosos.

2. DEFENSORES DEL SISTEMA CERRADO

Este apartado resume los argumentos de la doctrina mayoritaria, la cual, a través de derecho comparado, coincide en que el *numerus clausus* es el sistema más eficiente. Más tarde expondremos de manera sucinta algunas ideas que lo contradicen.

Habiendo visto el apartado anterior, podemos exponer con claridad que la elección por un sistema cerrado superaría las tragedias explicadas. La veteranía del tema demuestra con creces la importancia de tener el contenido de la propiedad definido.

Todo esto no quiere decir que no haya ventajas en algunas formas de aprovechamiento compartido y que la autonomía privada pueda ser restringida sin ninguna limitación, si no que en el caso de que las haya permitidas hay que procurar que existan opciones para deshacerla. Esto se podría conseguir a través de un sistema cerrado flexible, el cual a su vez permita regular a través de contratos el resto de los aprovechamientos de terreno obligacionales.

En segundo lugar, la creación de derechos reales provoca costes sociales. Cuando se da la situación, se produce un entramado de contratos que afecta a los futuros adquirentes del derecho. De esta manera, un sistema cerrado reduce la rotura intertemporal de la propiedad, ya que las decisiones privadas pueden suponer restricciones a largo plazo que se entiende que superan los beneficios en el corto para el creador de manera genérica.

El mercado no establece por sí mismo los derechos reales óptimos, por lo que aquí es donde entra la colaboración estatal. Según autores como Hansmann y Kraakman⁵⁶, el régimen a utilizar debe ser elegido por la sociedad. No puede dejarse al arbitrio de los particulares, pero tampoco se puede pretender que el mercado establezca el más eficiente sin intervención humana.

Es necesario comprender que un sistema que acote la creación de derechos reales no es sinónimo de rigidez, ya que la autonomía privada puede encontrar su espacio en él, tal y como demuestran los países que hacen uso del *common law*.

En tercer lugar, hablamos de costes de información potenciales. Estos, que quedan englobados en los de transacción como hemos visto, son menores en un sistema cerrado para los que buscan adquirir derechos de propiedad. El coste marginal de adquisición es

⁵⁶ Hansmann, H., & Kraakman, R. (2002). Property, contract, and verification: The numerus clausus problem and the divisibility of rights. *The Journal of Legal Studies*, 31(S2), S373-S420.

mayor cuanto más amplia es la variedad disponible al igual que el beneficio marginal es menor a medida que tipos nuevos cubren necesidades más extrañas.

Como apunta Render, un sistema cerrado conoce con anterioridad a la formación de un derecho los riesgos que entraña. En un sistema abierto, los costes de la transacción son mayores al posibilitarse el crecimiento de nuevas cargas que pesen sobre los inmuebles.

En cuarto lugar y palabras del estudioso Aruña, para que los derechos reales sean efectivos es necesario un sistema de publicidad que facilite la cognoscibilidad de los derechos reales existentes. Si la publicidad se logra, las transacciones tienen menos riesgo de frustrarse al conocer ambas partes las cargas. Pero es insuficiente, ya que la cantidad también importa. Esto además de elevar los costes, puede aumentar los requisitos: para que la propiedad sea plena, se necesita el consentimiento de todos los titulares de derechos parciales. Este puede realizarse a través de contratos individuales con cada uno de ellos o por prescripción, ambas opciones con inconvenientes.

3. DEFENSORES DEL SISTEMA ABIERTO

En este apartado vamos a hablar del estudioso que ha conseguido una mayor exposición y relevancia a través de su argumentación en 2004, Figueroa Cercedo⁵⁷. Los que lo han leído y abogan por un sistema cerrado, afirman que zarpa desde presupuestos erróneos, omitiendo datos y argumentando equivocadamente. Aun así, su reflexión es merecedora de un análisis.

Partiendo del comienzo, para Figueroa un sistema cerrado no permite ni crear ni modificar derechos. Es por lo cual que cuando un sujeto no encuentra un tipo en el que refugiar sus necesidades, busca la ayuda de un asesor, lo que ya genera costes. En su contra, se puede argumentar que un sistema abierto también puede requerir de asesoría para perfilarlos e instrumentarlos de manera que tengan posibilidades de acceder al Registro.

Además, realiza un estudio sobre costes donde solo tiene en cuenta los individuales, y deja al margen costes sociales. Visto el apartado anterior, es irrefutable que los costes

⁵⁷ Figueroa Cercedo, S. M. (2010). ¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales " *numerus clausus* " ?.

sociales son un problema, por lo que un análisis sin ellos no está otra cosa que incompleto. Entre otros costes, puede hablar sobre algunos como los de inscripción, pero deja olvidados muchos otros como los de calificación o información.

Apunta que el sistema español es mucho más eficiente respecto al comercio, porque las personas dan la utilización idónea a sus cosas en función de las necesidades de otros. Esto lo afirma sin tener en cuenta las dificultosas resoluciones de la DGRN donde se puede apreciar un acceso de los nuevos derechos reales sí, pero hartamente estricto con sus requisitos.

Por último, asevera que el método que utiliza es el de análisis económico del derecho, cuando este siendo transparente llevaría a conclusiones contrarias de las que defiende.

4. CONCLUSIONES DE LA DOCTRINA MAYORITARIA

Basándonos en los argumentos anteriormente anunciados, establezcamos dos premisas: la primera es que los derechos correctamente definidos tienen un menor riesgo y por ello son un incentivo para la producción, y la segunda que el Estado debe incidir en la ley para disminuir en la medida de lo posible los costes de transacción comentados.

Así, la injerencia estatal empieza a ser necesaria a partir de un determinado nivel de costes, aquellos en los que se incurre y que conllevan especificar y delimitar posibles derechos sobre las cosas.

Es importante también ver que, dentro de un sistema cerrado, los derechos de disfrute sobre la cosa ajena serán, como mucho, de duración vitalicia. Este sistema impide una creación compleja de formas de propiedad.

Así las cosas, en el mundo de derechos reales, la doctrina mayoritaria es de la opinión que un sistema cerrado es más eficiente porque: disminuye costes de información y marginales de adquisición, evita ambigüedades y permite opciones ya definidas.

5. ELECCIÓN DE SISTEMA EN EL DERECHO COMPARADO

Habiendo analizado sucintamente las conclusiones de la doctrina, observamos en la realidad que los países no optan todos por el mismo sistema. Además, en palabras de Uwe Wesel, para entender nuestro derecho hay que compararlo con otros.

La comparación entre países es otra forma de alabar o menoscabar un sistema viendo cómo está afectando a esas economías e intentando comprender las instituciones que los sostienen. Esta discriminación es especialmente importante cuando otros sistemas entran en contacto con el nuestro, y que muchos días se escapan de lo meramente jurídico; situación que cada día es más común debido a la globalización.

Uno de estos motivos es el intercambio económico entre países, donde una mera venta hace que las relaciones jurídicas creadas afecten a ambas naciones. Hoy en día por lo cotidiano de estas situaciones, el Derecho de obligaciones y contratos tiene un gran desarrollo internacional⁵⁸.

En el ámbito de derechos reales sobre inmuebles, la discusión ha ido ganando terreno. Empezó a nivel teórico, pero en la actualidad y especialmente debido a fondos de inversión inmobiliaria y el mercado de valores con sus garantías, la necesidad de una regulación sobre los mismos era de suma importancia. Basta como ejemplo para entender la situación la crisis financiera del 2008. Aun así, a día de hoy no existe ni se puede prever que de manera más allá que nacional se regulen los derechos reales de esta manera.

Así las cosas, vamos a centrarnos en la región del mundo que más nos compete y que más cambios a nivel supranacional puede sufrir, nuestra Unión Europea. Hacer además constar que, más allá de sus peculiaridades y de sistemas completamente diferentes como son los islámicos, los países occidentales tienen un tronco común donde se puede observar cierta armonización.

En palabras de Reinhard Zimmermann⁵⁹, la unificación del Derecho privado europeo es uno de los avances jurídicos de mayor calado, respondiendo a la necesidad de ampliar horizontes para establecer una base sólida sobre la que construir una nueva cultura jurídica europea.

⁵⁸ vid. Convención sobre Contratos para la Venta Internacional de Mercancías de las Naciones Unidas).

⁵⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. Derecho de obligaciones: Estudios. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. (2011)

En lo que nos concierne, el sistema de derechos reales no es algo que la Unión Europea haya decidido armonizar, donde se entiende que el principio de subsidiariedad juega pero que es harto de complicado que se dé, ya que cada país tiene su regulación al respecto.

Así, analizamos a continuación de manera breve los aspectos más relevantes de derechos reales de tres países líderes en el territorio: Francia, Alemania e Inglaterra; ya que su influencia juega un papel esencial en la configuración de los ordenamientos jurídicos del resto de países europeos e incluso traspasando fronteras⁶⁰.

5.1. Francia

Es de aquellos de origen romano cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1804 de su Código Civil, el napoleónico, y es la base para los que le rodeamos. Por su contexto político, no cabe dudar que el mismo vendría tintado de libertades, poniendo como ejes el derecho de propiedad y la libertad de contratación.

A decir verdad, este con el paso del tiempo ha ido modernizándose y ofreciendo también protección a las instituciones, además de ser complementado en nuestras materias con legislación como el *Code de l'urbanisme* y el *Code de la Construction et de l'Habitation*.

El derecho de propiedad se considera absoluto (art. 544 Code Civil), existiendo a su vez formas de copropiedad y derechos reales limitados como el usufructo o la hipoteca; y donde rige un sistema cerrado. Tienen un sistema de transmisión de inmuebles especial, en el cual sirve con un contrato unitario y donde la eficacia contra terceros tiene como presupuesto la publicidad registral.

5.2. Alemania

⁶⁰ Murillo Martínez, M. A. (2004). Numerus clausus vs numerus apertus en los derechos reales. ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia? *Revista General de Derecho Romano*, 12, 1-27.

En su código civil, el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, existen normas sobre derechos reales, pero encontramos otras varias como la ordenanza que regula su registro⁶¹ o la ley de propiedad horizontal⁶² que tratan sobre el tema.

El BGB, aunque en mucha menor medida que en Francia, sufrió apuntes socialistas en el S. XX. Su libro de derechos reales, el *Sachen-retch*, es uno de los que menos. En este sistema también rige el *numerus clausus*, aunque tiene una mayor amplitud en tema de garantías y gravámenes.

La transmisión de bienes inmuebles en este caso se compone de tres actos, en el cual el registro es constitutivo y cuya finalidad es proteger la seguridad en las adquisiciones.

5.3. Inglaterra

Aunque fuera de la Unión Europea desde 2020, también es una referencia importante, al ser además el máximo representante del *common law* en el territorio. Así las cosas, su derecho privado se encuentra desarrollado a través de *Case Law*, complementado con normas estatutarias que denominamos “Leyes de la Propiedad”, junto con un conjunto de normas de urbanismo y planificación donde destacamos la Ley de Planificación Urbana y Rural de 1971 (“*Town and Country Planning Act*”).

En este sistema, no existe la tipicidad de derechos reales y se asume que todos ellos derivan de la corona. Así, hablamos de un sistema abierto en el cual se pueden crear derechos reales (*easements*). El sistema pretende limitar este aspecto, a través de figuras jurídicas como el *freehold estate* (lo más parecido al derecho real de propiedad) o el *leasehold estate* (propiedad limitada y temporal).

Otras figuras similares son el *joint tenancy* (que se asemeja a la copropiedad) y la *tenancy* (copropiedad a partes alícuotas). Es para hacer notar que el *trust* inmobiliario ha ganado reciente importancia, el cual está regulado en el *Trust of Land and Appointment of Trustee Act* de 1996.

⁶¹ Grundbuchordnung-GBO

⁶² Wohn-ungseigentumsgesetz-WEG

Se da por hecho el deber de diligencia de comprobación del comprador y la publicidad es negativa.

CONCLUSIÓN

Una vez desarrollado el objeto del trabajo, podemos afirmar que, aunque no esté claramente formulado en nuestras leyes, la mayoría de la doctrina acepta, junto con la principal jurisprudencia y doctrina, el sistema *numerus apertus* con requisitos y límites en el caso español.

Siendo así las cosas, no es disparate recordar que nuestro punto de referencia ha sido el Derecho Civil Común, pero sin olvidar que en el caso de Cataluña se confirma el tipo de sistema de manera explícita en su ley.

En el resto, sin embargo, se guarda silencio al respecto, por lo que aplicando la regla de subsidiariedad (que es el argumento que da la jurisprudencia si se analizasen casos particulares), se aplicaría la misma lógica que la expuesta, admitiendo su apertura.

La actual configuración del sistema es fruto de la historia y su evolución legislativa, doctrinal, social, jurisprudencial y abundantes factores que no han sido objeto del presente trabajo pero que sin duda han influido en lo que observamos hoy.

Entre ellos hemos explorado el factor económico, y cómo la elección del sistema apoyándose en la teoría económica aboga por un sistema contrario al nuestro, el cerrado, además de los beneficios que según los estudiosos este supondría a la sociedad.

Tanto es así y tantos factores hay que tener en cuenta, que han hecho que existan diferencias a la hora de escoger un sistema u otro entre los países, y que provoquen que en algunos como Alemania o Francia rija un sistema opuesto al nuestro o incluso en Inglaterra, siendo el mismo, por motivos diferentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislación

Ley Hipotecaria, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1946.

Reglamento Hipotecario. (1861). Real Decreto de 14 de febrero de 1861, Gaceta de Madrid, núm. 45, de 14 de febrero de 1861.

Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado, núm.311, de 29 de diciembre de 1978. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

España. (2020). Código Civil [Versión actualizada]. En Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 5 de mayo de 2020. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4720

Gobierno de Aragón. (2011). Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Boletín Oficial de Aragón, 61, 2444-2547.

Generalitat de Catalunya. (2006). Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Boletín Oficial del Estado, núm. 133, de 3 de junio de 2006, pp. 21923-21938.

Xunta de Galicia. (2006). Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. DOGA, núm. 118, de 20 de junio de 2006.

Govern de les Illes Balears. (1990). Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles de las Illes Balears. BOIB, núm. 111, de 15 de septiembre de 1990, pp. 4917-4982.

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Boletín Oficial del Estado, núm. 66, de 17 de marzo de 1973.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. (2015). Boletín Oficial del País Vasco, núm. 124, 5805-5818.

Ley de Propiedad Horizontal (España), Ley 49/1960, de 21 de julio.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. BOE núm. 154, de 29 de junio de 1985.

Ley 23/1982, de 16 de junio, de Patrimonio Nacional. Boletín Oficial del Estado [BOE], núm. 148, de 22 de junio de 1982, pp. 18015-18020.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo y de Rehabilitación Urbana. Boletín Oficial del Estado, núm. 129, de 29 de mayo de 2007.

Comisión Europea. (2018). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho europeo de garantías reales sobre bienes muebles y sobre la creación de un sistema de registro electrónico de garantías reales*. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1532345260167&uri=CELEX:52018PC0359>

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado. (1981). Resolución de 1 de abril de 1981 [BOE, 16 de mayo de 1981]. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1981-12139

Dirección General de los Registros y del Notariado. (1996). Instrucción de 29 de octubre de 1996: sobre la inscripción de los derechos reales de garantía [Preámbulo]. BOE, 12 de noviembre de 1996, 31314-31317. <https://www.boe.es/boe/dias/1996/11/12/pdfs/A31314-31317.pdf>

Dirección General de los Registros y del Notariado. (1993). Resolución de 4 de marzo de 1993 [BOE, 26 de marzo de 1993]. <https://www.boe.es/boe/dias/1993/03/26/pdfs/A07918-07919.pdf>

Dirección General de los Registros y del Notariado. (2002). Resolución de 5 de diciembre de 2002 [BOE, 3 de enero de 2003]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-180

Dirección General de los Registros y del Notariado. (2002). Resolución de 18 de noviembre de 2002 [BOE, 12 de diciembre de 2002]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22499

Dirección General de los Registros y del Notariado. (2005). Resolución de 1 de julio de 2005 [BOE, 19 de julio de 2005]. <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/19/pdfs/A24929-24931.pdf>

Dirección General de los Registros y del Notariado. (2013). Resolución de 15 de enero de 2013 [BOE, 1 de febrero de 2013]. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/02/01/pdfs/BOE-A-2013-1049.pdf>

TS, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia nº25/1979 de TS, de 1 de febrero 1979. Recuperado de <https://vlex.es/vid/-76686984>, el 6 de marzo 2023.

TS, Sala 1ª de lo Civil. (2002). Sentencia nº1110/2002 de 26 de noviembre de 2002. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/puramente-ajenos-perfeccion-constitutiva-15397675>

TS, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia nº773/2013, de 10 de diciembre de 2013. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/urbanistico-accion-deslinda-administracion-488265258>

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 986/2003, del 23 octubre [RJ 2003/7765].

Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia 31/2010, de 28 de junio [BOE número 172, de 16 de julio de 2010]. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11873.

Obras doctrinales

De Buen y Lozano, D. M. (2015). *Lecciones de Derecho Civil Español* (Vol. I). Tirant lo Blanch.

Díaz de la Rosa, C. (2010). *Historia de los derechos reales*. Dykinson.

Díez-Picazo, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil. Vol. III Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral* (7ª edición ed.). Tecnos. Madrid.

Díez-Picazo, A. (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen III, 5.a edición. Madrid.

Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2015). *El sistema de derecho civil: introducción al derecho civil patrimonial*. Editorial Marcial Pons.

Figuerola Cercedo, S. M. (2010). ¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales "numerus clausus"?

García Pérez, R. D. (2012). *Derechos forales y codificación civil en España*. Anuario de Historia del Derecho Español, LXXXII, 171-200.

García, A. R. (1994). *La tipicidad de los derechos reales*. Editorial Montecorvo, SA.

García, R. (2012). *El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico*. Revista de Derecho Civil Valenciano, 12, 35-50. Recuperado de <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico>

Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2006). Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 693.

Hansmann, H., & Kraakman, R. (2002). Property, contract, and verification: The numerus clausus problem and the divisibility of rights. *The Journal of Legal Studies*, 31(S2), S373-S420.

Heller, M. A. (1998). The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard law review*, 621-688.

Lacruz Berdejo, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil III Derechos Reales* (Vol. I). Madrid: Dykinson.

- Merrill, T. W., y Smith, H. E. (2001). *The optimal standardization in the law of property*. Yale Law Journal, 110(6).
- Murillo Martínez, M. A. (2004). Numerus clausus vs numerus apertus en los derechos reales. ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia? *Revista General de Derecho Romano*, 12, 1-27.
- Muñoz, X. O. C. (2021). *Compendio de derecho civil Tomo III. 3ª edición: Derechos reales e hipotecario*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areceres, S.A.
- Peralta Mariscal, L. (2015) *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus*. Primera ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni,
- Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law*. Aspen Publishing.
- Roca Sastre, R. (1973). *Derechos reales*. Vol. II. (4a ed.). Bosch.
- Tomás y Valiente Castán, F. (2003). *Derecho civil español, común y foral*. Editorial Debate.
- Zimmermann, R. *Derecho de obligaciones: Estudios*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. (2011).

Recursos de internet

- Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248. <https://doi.org/10.1126/science.162.3859.1243>
- Lozano, J. (2022, 5 marzo). Derechos reales: clasificación y tipos. López-Ibor Abogados. <https://lopez-iborabogados.com/article/derechos-reales-clasificacion-y-tipos/>
- Real Academia Española. (s.f.). Derechos reales. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 9 de abril de 2023, de <https://dle.rae.es/derecho%20real>