



# Numerus apertus y numerus clausus en la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado

AUTOR: M<sup>a</sup> Francisca Ruiz Roig

TUTOR: Miguel Coca Payeras



## Índice

<b>1. LOS DERECHOS REALES .....</b>	<b>4</b>
1.1. CONCEPTO Y CARACTERES .....	4
1.2. TIPOS DE DERECHOS REALES .....	5
1.3. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE DERECHOS REALES .....	6
<b>2. NUMERUS APERTUS Y NUMERUS CLAUSUS .....</b>	<b>7</b>
2.1. NUMERUS APERTUS.....	7
2.2. NUMERUS CLAUSUS.....	8
2.3. SISTEMA ACTUAL DE DERECHOS REALES .....	9
<b>3. LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES .....</b>	<b>9</b>
3.1. LIMITACIONES .....	10
3.2. EL LEGISLADOR COMO CREADOR DE DERECHOS REALES .....	11
3.3. EL PARTICULAR COMO CREADOR DE DERECHOS REALES .....	12
<b>4. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN A LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES.....</b>	<b>13</b>
4.1. ANÁLISIS DE DIVERSAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO .....	13
A. Resolución DGRN de 20 de septiembre de 1966.....	13
B. Resolución de 14 de mayo de 1984.....	14
C. Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1998 .....	14
D. Resolución DGRN de 18 de julio de 2005 .....	15
E. Resolución DGRN de 4 de mayo de 2009 .....	16
F. Resolución de 8 de junio de 2011 .....	17
<b>5. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>20</b>

# 1. Los derechos reales

## 1.1. Concepto y caracteres

El Código Civil dedica dos de sus libros a derechos reales: el Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones y el Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Esta regulación de derechos reales debe completarse con disposiciones dispersas del Libro IV: De las obligaciones y contratos en lo que respecta a los censos, derechos reales de garantía, traditio y usucapión y con numerosas disposiciones especiales a las que más tarde me referiré como son la Ley Hipotecaria, aprobada mediante Decreto de 8 de febrero de 1946 y el Reglamento Hipotecario, aprobado mediante Decreto de 14 de febrero de 1947.

Los derechos reales se encuadran en el conocido como Derecho de Cosas o de Bienes, que aparece como parte diferenciada del Derechos Civil, concretamente se integra en el Derecho Civil Patrimonial.

El derecho real es definido por Roca Sastre como *"derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa imponiendo a todos un deber de respeto y abstención"*.

Los derechos reales tienen dos características fundamentales: la inmediatividad y la absolutividad.

- La **inmediatividad** se refiere al poder inmediato sobre a cosa que tiene el titular del derecho real que puede ejercerlo sin la mediación o intervención de otra persona. Sin embargo, hay autores que prefieren sustituir el término de inmediatividad por el de inherencia ya que hay derechos reales en que la inmediatividad se desdibuja como en la hipoteca.

- La **absolutividad** se refiere a la eficacia *erga omnes* del derecho real que se traduce en que puede exigir a la colectividad respetar el mismo y abstenerse de actuaciones contrarias o perjudiciales a su titularidad.

## 1.2. Tipos de derechos reales

Los derechos reales se pueden dividir en dos grandes bloques: por un lado, el **derecho real pleno** y, por otro, los **derechos reales limitados**. El derecho real pleno es el derecho de propiedad definido en el artículo 348 Código Civil (en adelante, CC) como "*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*". El contenido del derecho de propiedad consiste tanto en *gozar* (posibilidad de obtener una utilidad a ese objeto de propiedad), como en *disponer* (que implica permitir la enajenación, pero también el gravamen).

Los derechos reales limitados son derechos sobre bienes ajenos, es decir, en principio no cabe su existencia sobre cosa propia. Estos derechos no otorgan el pleno poder sobre un objeto que es específico del derecho de propiedad porque limitan o impiden el libre ejercicio de esa propiedad, aunque su titular puede hacerlos valer *erga omnes*. Siempre que hay un derecho limitado nos encontramos ante dos derechos sobre un mismo bien (el derecho de propiedad y otro derecho real limitado).

Los derechos reales pueden clasificarse en: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y derechos reales de adquisición.

Entre los primeros, los **derechos reales de goce**, podemos encontrar el derecho de usufructo, el derechos de uso, el derecho de habitación, la servidumbre, los derechos de censo, el derecho de superficie y el derecho de vuelo y subsuelo. Tienen en común que permiten a su titular la utilización o explotación, ya sea total, ya sea parcial, de un bien ajeno además de permitir en algunos casos la adquisición de los frutos.

Los **derechos reales de garantía** son los constituidos para garantizar el cumplimiento de una obligación. El titular de un derecho de garantía es el acreedor de una obligación, que tiene la facultad de enajenar la cosa afectada, siempre siguiendo los procedimientos establecidos a tal efecto, para obtener el valor. Se pueden distinguir tres derechos reales de garantía: la hipoteca, la prenda y la anticresis.

En último lugar, los derechos reales de adquisición son los que confieren a su titular el poder de adquirir la propiedad de un bien cuando concurren ciertas circunstancias, entre los que se encuentran el derecho de tanteo y el derecho de retracto.

### **1.3. La inscripción registral de derechos reales**

El sistema inmobiliario español está centrado exclusivamente en la inscripción de los títulos que contienen actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, según establece el art. 2 de la LH, sin que puedan tener acceso todos aquellos otros que presentan una naturaleza personal, por no alcanzar la consideración de gravámenes, y de ahí que, conforme ya declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 marzo 1955, será función de los Registradores velar por la eficacia del sistema y evitar que ingresen en los libros registrales derechos, cargas y gravámenes de dudoso carácter real, que permitirían la inscripción de todo tipo de cláusulas y otorgarían amparo frente a tercero, a título de deficientes e imperfectos.

Sin embargo, los Registrados, al desempeñar su función de inscripción registral de derechos reales, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio.

Existen ciertos derechos reales que no son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad como son los derechos reales sobre bienes muebles, aquellos derechos que por tener su origen en la Ley no necesitan de publicidad registral para ser eficaces frente a terceros, las servidumbres aparentes o aquellos derechos que no tienen verdaderamente un contenido real como la posesión.

Los derechos sobre bienes muebles en principio no son susceptibles de inscripción conforme al art. 1 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH): <<El Registro de la Propiedad tiene por objeto la

*inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*>>. Si bien, debe tenerse en cuenta que hay bienes muebles que son susceptibles de inscripción en el Registro de Bienes Muebles como son los vehículos a motor o la maquinaria industrial.

La posesión no se entiende que tenga carácter real además no es susceptible de inscripción conforme al art. 5 LH que dispone que los títulos referentes al mero y simple hecho de poseer no serán inscribibles.

Existen derechos reales que tienen su origen directo en la Ley y por ello no necesitan de publicidad registral para ser eficaces frente a terceros como son la servidumbre natural de aguas (552 CC) o los retractos legales (37.3 LH).

Respecto a las servidumbres aparentes, el Tribunal Supremo admite su oponibilidad frente a terceros pese a no estar inscritas en el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, existen derechos personales que sí tienen acceso al Registro de la Propiedad como son los arrendamientos de bienes inmuebles y los subarrendos, subrogaciones y cesiones de los mismos (2.5 LH) o el derecho de opción (14 LH) y los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales conforme al art. 2.2 LH.

## **2. Numerus apertus y numerus clausus**

Las expresiones latinas numerus apertus y numerus clausus aluden a dos posiciones enfrentadas en la controversia sobre la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, es decir, sobre la creación de derechos reales atípicos.

### **2.1. Numerus apertus**

Los defensores del numerus apertus entienden que la lista de derechos reales recogida en la Ley es una lista abierta a la que pueden añadirse nuevos derechos reales. Este es el sistema que

rige en el Derecho Francés que favorece la adaptación del Derechos a los constantes cambios de la realidad y a las nuevas necesidades socioeconómicas. Esta doctrina se fundamenta en los artículos 2.2 LH y art. 7 RH.

El artículo 2, segundo apartado de la Ley Hipotecaria señala que en el Registro de la Propiedad se inscribirán *<<los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales>>*. La coletilla del artículo 2.2, *<<y otros cualesquiera reales>>*, parece dejar abierta la posibilidad de crear nuevos reales.

El artículo 7 del Reglamento Hipotecaria parece incidir en esta regulación aludiendo a ciertos derechos reales así como a *<<cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza>>*.

En base a estos preceptos la lista parece no ser exhaustiva. Además también puede fundamentarse en la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC: *<< Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público>>*.

## **2.2. Numerus clausus**

Por el contrario, la doctrina del numerus clausus defiende que no existen más derechos reales que los regulados en nuestras leyes debido a que la creación de los mismos afecta al orden público, puede frenar la libre circulación de bienes y provocar que terceros deban soportar cargas a cuyo nacimiento fueron ajenos. Mantienen que el derecho positivo contiene una lista cerrada de derechos reales y que los particulares no pueden crear nuevos derechos.

Fundamentan esa imposibilidad de crear derechos reales en la falta, en el ámbito de los derechos reales, de un artículo que cumpliera con la labor del art. 1255 CC en el caso de lo contractual. Además consideran que la expresión *<<otros cualesquiera derechos reales>>* alude a los derechos existentes no enumerados en la relación que se realiza en el art. 2.2 LH como, por ejemplo, la anticresis y rechazan que el artículo 7 RH pueda decidir sobre esta cuestión dado su rango reglamentario.



Estas ideas, de origen romano, se asentaron en países de nuestro entorno como son Alemania, Suiza, Austria, Suecia, Finlandia o Portugal. En el proceso codificador francés (de gran influencia para otros países de su misma cultura jurídica) estaba presente el temor de que se volviese a formas feudales de relación, y eso inspiraba la idea de que los derechos reales sobre cosa ajena debían ser perfectamente tasados.

Este sistema es el que sigue el Derecho alemán que facilita la llevanza del Registro y refuerza la seguridad jurídica puesto que es suficiente conocer el *nomen iuris* de un derecho real para saber con precisión el alcance y contenido de las facultades que confiere a su titular.

### **2.3. Sistema actual de derechos reales**

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este asunto admitiendo la vigencia en nuestro ordenamiento del sistema *numerus apertus*. Si bien, también ha puesto bastantes límites de hecho para inscribir nuevos derechos reales a los que me referiré en próximo epígrafe.

Teniendo en cuenta el ordenamiento en su conjunto, considerando los argumentos explicados en la postura de *numerus apertus*, debe defenderse la teoría de que no existe un número cerrado de derechos reales de entrada en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se pueden crear nuevos derechos reales por parte de los particulares que tendrán su culminación con la inscripción en el Registro. Además de la admitida creación de nuevos derechos reales por parte del legislador que puede suceder en cualquier momento como ya ha hecho, por ejemplo, en el Código Civil de Cataluña al que más tarde me referiré.

## **3. La creación de nuevos derechos reales**

En numerosas resoluciones de la DGRN se ha admitido la inscribibilidad de figuras que contienen derechos reales atípicos pero no todo derecho real atípico es inscribible en el Registro, sino que están sometidos a estrictos límites y requisitos.

### 3.1. Limitaciones

El principio rector básico en materia de derechos de obligación es el de autonomía de a voluntad (1255 CC), sin embargo, este principio de limita en materia de derechos reales, inspirados por el principio de orden público.

En el propio art. 1255 CC se contienen diversas limitaciones a la autonomía de la voluntad estas son: no sea contrario a las leyes, ni a la moral, ni al orden público.

La DGRN reconoce que la creación de derechos reales atípicos debe considerarse siempre excepcional, sometida a estrictos límites y requisitos que aparecen a continuación:

1.- El nuevo derecho real debe cumplir los requisitos típicos de los derechos reales, es decir, no puede contradecir el marco general existente de derechos reales como se desprende de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966. Debe respetar las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado<sup>1</sup>.

2.- No debe contradecirse el orden público, entendido preferentemente como orden público económico<sup>2</sup>.

3.- Es necesaria una descripción adecuada del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse conforme al art. 9 LH. Se debe perfilar con claridad todos los aspectos sobre su contenido y ejercicio del derecho<sup>3</sup>. La necesidad de determinación del derecho real resulta de numerosas Sentencias, pudiendo resaltar la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 que se refiere al principio de especialidad, diciendo que su <<eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales>>, exigiendo los requisitos dimanantes

---

<sup>1</sup> En este sentido, Resolución DGRN de 4 de mayo de 2009.

<sup>2</sup> Como declara la Resolución DGRN de 4 de enero de 1927.

<sup>3</sup> Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1998.

de dicho principio, para que los terceros que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión.

4.- Debe respetar los adecuados requisitos formales para acceder al Registro.

5.- A través de la creación de un derecho real es necesaria la existencia de una concreta tutela jurídica de los intereses de las partes.

6.- Que exista causa justificada para la creación de un derecho real atípico, lo que implica que el fin perseguido por el mismo no pueda alcanzarse adaptándose a un derecho real típico, ni se vea suficientemente protegido mediante un derecho personal.

7.- Que no se trate de derechos reales de garantía, pues la normas y prelación de créditos y ejecución de garantías reales son imperativas y por tanto sólo debería hacerlo el legislador. No obstante, la DGRN admite la creación de derechos reales de garantía siempre y cuando se regulen perfectamente todas las consecuencias que dicha garantía comporta o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura<sup>4</sup>. Además, en el año 2011 la DGRN invocó la teoría del numerus apertus en Resolución de 8 de junio de 2011 para justificar la admisibilidad de la hipoteca en mano común.

### **3.2. El legislador como creador de derechos reales**

La creación de nuevos derechos reales por parte del legislador no entra en discusión en el presente trabajo. Como nuestra historia jurídica nos ha demostrado, se considera aceptada esta posibilidad.

Un claro ejemplo es la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC núm. 4640 de 24-05-2006) que contiene derechos reales creados por el legislador.

---

<sup>4</sup> Resolución DGRN de 4 de mayo de 2009.

Esta Ley está inspirada en los principios básicos de libertad civil, como afirma el preámbulo de la Ley, indicando que éste se manifiesta dejando a la autonomía de la voluntad un campo muy amplio de actuación en la constitución y la configuración de derechos reales limitados y de situaciones de comunidad. Así, podemos encontrar diversos derechos que no encontramos en el Código Civil: la comunidad especial por turnos (arts. 554-1 y ss), los derechos de aprovechamiento parcial (563-1 y ss), el derecho de superficie (arts. 564-1 y ss), el derecho de vuelo (arts. 567-1 y ss), el derecho de adquisición (arts. 568-1 y ss), el derecho de opción (arts. 568-8 y ss) y el derecho de retención (arts. 569-3 y ss).

### **3.3. El particular como creador de derechos reales**

En virtud de la teoría *numerus apertus* que parece regir en nuestro ordenamiento jurídico, la puerta para que los particulares creen derechos reales está también en principio abierta, siempre y cuando se respeten las limitaciones más arriba explicadas.

La admisibilidad de que los particulares puedan crear nuevos derechos reales se fundamenta en la autonomía de la voluntad recogida en el art. 1255 CC, sin infringir los límites de este propio artículo: que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

El derecho concede un gran margen a la autonomía de la voluntad para regular el contenido de los derechos reales típicos. Es un indicio categórico para entender que la autonomía de la voluntad juega también en la creación de derechos reales por los particulares.

Se puede concluir que, fruto de la inexistencia de una lista cerrada de derechos reales, se admite los particulares puedan crear derechos reales. El avance del Derecho recomienda la idea de la admisibilidad de la creación de derechos reales por los particulares teniendo en cuenta los límites por cuestión de seguridad jurídica.

## **4. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a la creación de nuevos derechos reales**

En este epígrafe se van a desarrollar de manera más detallada los límites o requisitos que exige la Dirección General de los Registros y del Notariado para la inscripción de nuevos derechos reales creados por los particulares. Haré referencia a las Resoluciones encontradas más relevantes para lo que aquí nos afecta haciendo un escueto análisis de cada una de ellas.

### **4.1. Análisis de diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

#### **A. Resolución DGRN de 20 de septiembre de 1966**

En la Resolución DGRN de 20 de septiembre de 1966 se admite que pueden tener acceso al Registro, por tener carácter real, derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas por título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado.

Admite su carácter real puesto que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta.

En caso de que estos derechos no hubieran sido considerados por la DGRN como derechos reales, no hubieran tenido acceso al Registro, como ya he indicado anteriormente, puesto que nuestro sistema está centrado exclusivamente en la inscripción de los títulos que contienen actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, según establece el art. 2 de la LH.

De esta Resolución se desprende que la DGRN exige que el nuevo derecho real cumpla con los requisitos de los derechos reales, es decir, que no contradiga el marco general existente de derechos reales.

## **B. Resolución de 14 de mayo de 1984**

La cuestión principal que se debate en este recurso es la de si puede tener acceso al Registro de la Propiedad el derecho que el titular de dos parcelas colindantes establece a favor de los futuros titulares de una de ellas de que el garaje del edificio que se construya en esta última pueda expandirse a parte del subsuelo de la otra. La DGRN admitió la inscripción de este derecho invocando la teoría de numerus apertus.

De esta Resolución podemos extraer que la posibilidad de «numerus apertus» dentro del campo de los derechos reales es más palpable en materia de servidumbres siempre que no contravengan la Ley ni el orden en los artículos 536 y 594 del Código Civil, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 del mismo Cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan la Ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje aparte del subterráneo de un suelo colindante no edificable.

## **C. Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1998**

En este caso la DGRN impide la inscripción de un derecho de uso pactado en convenio regulador a favor de los hijos sobre la vivienda familiar, para el caso de fallecimiento de la madre con la que conviven y mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico, pues entiende que este derecho queda indeterminado no sólo en cuanto a su alcance, sino a su propio carácter real.

Según esta Resolución, la creación de nuevos derechos reales queda limitada en cuanto a que es necesario delimitar perfectamente el derecho no pudiendo quedar indeterminado.

## D. Resolución DGRN de 18 de julio de 2005

En ese caso se pretende la inscripción de un derecho de usar y disfrutar una piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo, inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos privativos a favor de una persona determinada (causahabiente del constituyente del régimen).

El tema que se plantea en la Resolución viene dada porque un Tribunal ordenó la anotación preventiva de una demanda en el Registro de la Propiedad. Para ello había que determinar que si lo que se solicita en la demanda tendría, en el caso de estimarse la misma, carácter real, pues en el caso de que lo tuviera, la demanda sería anotable por el cauce del núm. 1 del artículo 42 de la Ley hipotecaria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y DGRN han declarado reiteradamente que en nuestro Derecho, en materia de derechos reales, rige el sistema de «*numerus apertus*», es decir, que no sólo existen los derechos reales típicos, sino que se pueden configurar otros derechos reales, pero siempre que, por sus características y efectos, los derechos innominados así constituidos se constituyan como tales derechos reales.

La DGRN indica que *<<En el presente caso, no habría problema si lo que se solicitara fuese una figura jurídica clara de carácter real, como sería una constitución de servidumbre, la conversión del elemento discutido en elemento común, etc>>*. Sin embargo, admite que este derecho tiene carácter real puesto que el derecho solicitado gozaría de **inmediatividad** (el derecho de los demandantes a usar y disfrutar el espacio controvertido), y **eficacia «erga omnes»**, pues expresamente se dice que tal derecho sería oponible frente a cualquier titular de tal espacio.

Una vez la DGRN ha admitido que lo que se solicita es un nuevo derecho real, al ser un derecho atípico –pues los demandantes no exigen la constitución de un derecho nominado–, vuelve a exigir que los **contornos y efectos del nuevo derecho estén plenamente determinados** –cosa que no ocurre en el presente supuesto–, pues cuando el derecho es típico, la regulación legal sirve de pleno apoyo para regular las relaciones entre todos los interesados, pero, al tratarse de un derecho atípico, tales relaciones tienen que derivar del título constitutivo.

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

Queda claro que el derecho no está perfectamente determinado, y como tal, entonces, no puede ser considerado ni derecho real ni inscribirse en el Registro, puesto que es fundamental en los derechos reales esa determinación, precisamente como base de su oponibilidad (en este sentido, la Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1998).

En este caso, se trata de una anotación cuyo objeto son precisamente situaciones jurídicas no inscribibles, pues su contenido, todavía sin determinar, no podría ser objeto de inscripción, al no ser un derecho perfectamente oponible. Sin embargo, es sorprendente que la DGRN permita esa anotación de la demanda del derecho que no está determinado, pues si no lo está no es propiamente un derecho real, no goza de las características plenas del mismo, puesto que la propia configuración del derecho real como oponible erga omnes, hace necesario la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades, limitaciones, etc.).

### **E. Resolución DGRN de 4 de mayo de 2009**

En este supuesto se pretende la inscripción de un derecho de garantía que permita asegurar el cumplimiento de la finalidad de una subvención.

La Dirección General de Agricultura y Desarrollo Rural comunicó a la sociedad <<Congelados y Frescos del Mar, S.A.>> que para el pago de una ayuda era necesario que se hiciera constar en el Registro lo siguiente: <<*El presente bien está sujeto durante cinco años desde el inicio de actividad, a las obligaciones de mantenimiento de actividad y cumplimiento de los objetivos y compromisos asumidos en base a la Orden 6964/06, de 13 de noviembre, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, para lo cual se concedió ayuda de 901.191,55 euros con fecha 30/07/2007. El incumplimiento de las obligaciones, objetivos y compromisos podrá dar lugar al reintegro de la subvención concedida*>>. La finalidad era evitar el juego de la fe pública registral en caso de enajenación del bien.



En este caso se trata de un derecho de garantía y la DGRN introduce un nuevo requisito para la creación del derecho real: **se deben regular todas las consecuencias que dicha garantía comporta, o bien se debe remitir a los efectos jurídicos de otra figura.**

El Registrador suspendió el despacho del documento por indeterminación en el contenido y alcance de la afección cuyo reflejo registral se pretende y la DGRN también entendió que concurrían importantes lagunas, esencialmente la preferencia con respecto a otras garantías que puedan recaer sobre las fincas.

## **F. Resolución de 8 de junio de 2011**

La DRGN admitió la inscripción de la hipoteca en mano común que se basa en la cotitularidad proindiviso colectiva de la hipoteca invocando la teoría del numerus apertus. Estimó procedente la inscripción de la escritura de constitución de hipoteca de máximo en su modalidad de flotante con una titularidad de tipo colectivo, en garantía de un conjunto de créditos sindicados incluidos en un programa de refinanciación paraconcursal de la sociedad deudora sujeta a plan de viabilidad.

Hay que indicar, que respecto de las hipotecas o cualquier otro tipo de derecho real de garantía resulta más necesario una determinación mucho más específica del derecho real. Así, la Sentencia de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 2008 señala: *<<Es exigible siempre la determinación precisa de los contornos del derecho real, particularmente cuando se trata de hipotecas. Las modalidades de hipoteca son variadas, lo mismo que las cláusulas bajo las cuales pueden ser establecidas. Pero sus contornos deben definirse siempre con claridad, y en particular las características de la obligación garantizada">*

Sin embargo, dicho esto, la DGRN admitió en este caso de hipoteca de cotitularidad proindivisa o colectiva, no ser necesario e inexigible la atribución y expresión de cuotas a pesar de que los principios de accesoriedad y determinación propios del derecho real de hipoteca parece que exijan que cuando existen varios acreedores titulares del derecho real, se exprese, salvo que sean solidarios, la participación, cuota o porcentaje indiviso que ostente cada titular en el derecho real de hipoteca.

La DGRN argumenta en suma su resolución en base a los siguientes fundamentos:

1- La hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades. Es un derecho que no implica contacto posesorio con la cosa y la transitoriedad, esencia de las comunidades relativas al dominio y demás derechos reales de disfrute, con la atribución a cada cotitular en cualquier momento de la acción de división, es ajena a esta clase de comunidad. Por otra parte, la finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase ( artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito.

2- El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos (Resoluciones de 23 de marzo de 1994 , 28 de abril de 1999 , 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003).

3- Por otra parte, tampoco puede olvidarse que el principio de autonomía de la voluntad puede dar a la organización de una pluralidad de titulares del crédito unas características diferentes. No hay ningún obstáculo para que, por ejemplo, pueda convencionalmente atribuirse a una obligación el carácter de indivisible (Resolución de 23 de julio de 1999); o que una pluralidad de acreedores puedan establecer pactos y limitaciones conjuntos que condicionen el desenvolvimiento natural de obligaciones que en principio sean independientes, con consecuencias en el propio derecho real de hipoteca, a las que no se puede sustraer dado su ya citado carácter accesorio.

4- Esta singular cotitularidad también puede determinar especialidades en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tres son las formas que puede presentar dicho ejercicio: la actuación aislada y unilateral de cada acreedor, de cada cotitular, que inevitablemente exige como presupuesto la previa determinación de cuotas (vid. en este sentido el artículo 227 del Reglamento Hipotecario); la aislada de cualquier acreedor vinculando a los demás, que nos llevará a la cotitularidad solidaria; y, por último, la actuación conjunta de todos los acreedores, en caso de

que se trate de una obligación indivisible por pacto expreso entre las partes como es el presente caso.

Además, la DGRN declara como cláusulas con trascendencia real inscribibles:

- La de gastos de naturaleza financiera cubiertos por la hipoteca;
- De obligaciones adicionales del hipotecante conexas a las cláusulas de vencimiento anticipado: causas de vencimiento anticipado referidas a supuestos de incumplimiento de obligaciones relacionadas con el acuerdo de refinanciación concedido.

Y declara como cláusulas sin trascendencia real no inscribibles:

- La obligación de otorgar escrituras públicas para constancia de las edificaciones de las fincas;
- La obligación de conservar las fincas haciendo las reparaciones necesarias;
- Las obligaciones de no disponer total o parcialmente de las fincas.

## 5. Conclusión

Con este trabajo hemos podido comprobar la especial relación de la admisión de la teoría numerus apertus por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el principio de especialidad - esto es, la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho - exigible en cada resolución analizada de forma más o menos restrictiva.

A grandes rasgos se puede afirmar que la DGRN es más proclive a admitir nuevos tipos de derechos reales por razones de necesidades urbanísticas o económicas<sup>5</sup>.

La suscitada polémica entre las teorías numerus apertus y la teoría numerus clausus se puede entender a nuestros días superada. En la doctrina prevalece la teoría de numerus apertus siempre y cuando se respeten los límites explicados. Para ello la Dirección General del Registros

---

<sup>5</sup> Resolución de 14 de mayo de 1984

y del Notariado seguirá haciendo una importante labor en este ámbito, fijando las líneas en las que los particulares pueden crear derechos reales.

## **6. Bibliografía**

### **Normativa**

- CÓDIGO CIVIL, Real Decreto de 24 de julio 1889.
- LEY HIPOTECARIA, Decreto de 8 de febrero 1946.
- REGLAMENTO HIPOTECARIO, Decreto de 14 de febrero 1947.

### **Artículos doctrinales**

- "El Legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley, Antonio José Quesada Sánchez", Noviembre 2001, Noticias Jurídicas.
- "El término multipropiedad", Felipe Espilez Murciano, Marzo 2014, Noticias Jurídicas.
- "La mal llamada "multipropiedad" y su reciente nueva regulación", Marta Candaes Martínez, mayo 2012, GARRIGUES.
- "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", María Goñi Rodríguez de Almeida, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 693, Gener - Febrero 2006 páginas 309-315.

### **Bases de datos**

- WESTLAW: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)
- VLEX: [www.vlex.es](http://www.vlex.es)