

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Post Grado



¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales “*Numerus Clausus*”?

Magíster en Derecho Civil

Tesis presentada por
SERGIO MOISÉS FIGUEROA CERCEDO
para optar el grado de Magíster

Asesor: Dr. Rene Ortiz Caballero

Miembros del jurado:
Dr. Rene Ortiz Caballero
Dr. Rómulo Morales Hervias
Dr. Luciano Barchi Velaochaga

Lima, 2010

A mis padres,

quienes me enseñaron que la libertad de pensamiento no es sólo una forma de pensar, sino una forma de vivir.

Un especial agradecimiento a mi esposa, gracias a su apoyo moral se pudo terminar esta tesis.

“...el razonamiento jurídico no trabaja en un mundo de certezas y de demostraciones, sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico sino de lo discutible, donde todo esta hecho con materia controvertida. Corresponde a cada cual tomar su propia posición...”

Fernando De Trazegnies.

Discurso de orden pronunciado el 29 de abril de 1994 en al Pontificia Universidad Católica del Perú.

INDICE

Introducción	5
1. Derechos Reales	8
1.1 Sistema <i>Numerus Clausus</i>	23
1.2 Sistema <i>Numerus Apertus</i>	28
1.2.1 La Autonomía Privada	30
1.3 Ambos sistemas en el derecho comparado	33
2. Análisis Económico del Derecho	43
2.1 Aspectos formales del Análisis Económico del Derecho	49
2.2 Supuestos Básicos para el Análisis Económico del Derecho	52
2.3 El concepto de Eficiencia	54
2.4 Los Costos de Transacción	56
3. Es eficiente el sistema <i>Numerus Clausus</i> frente al sistema <i>Numerus Apertus</i> desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho	59
3.1 Sistema Abierto o Sistema Cerrado de Derechos Reales: Posiciones a Favor y Posiciones en Contra	77
Conclusiones	87
Bibliografía	90

ES EFICIENTE TENER UN SISTEMA DE DERECHOS REALES “NUMERUS CLAUSUS”?

INTRODUCCION.-

Los derechos reales constituyen el soporte jurídico de situaciones políticas y económicas vitales para toda organización de la sociedad. Los alcances, límites y forma de ejercicio del derecho de propiedad sobre las cosas, encuentra su regulación en esta materia, tanto cuando se asigna una "plena" propiedad sobre las mismas, como cuando se atribuyen derechos más acotados. Asimismo, se ocupa de varios de los derechos de garantía más importantes que, al permitir actuar directamente sobre la cosa de diversos modos según el derecho de que se trate, posibilitan una más segura satisfacción del interés del acreedor.

Si damos un vistazo a la historia podemos ver que los bienes siempre han sido de vital importancia para las personas, podríamos decir que en su origen los bienes eran de propiedad colectiva, común; claro ejemplo de ello encontramos también en el Imperio Incaico. Las personas se servían de todo lo que les puede ofrecer la naturaleza para poder obtener su manutención. Posteriormente estos bienes pasan a ser de propiedad privada, de esta forma se hacen más escasos y originan problemas en su limitación; es acá donde nacen las sociedades feudales, esclavistas, capitalistas; la razón fundamental es que pocas son las personas que tienen mayor capacidad para acceder a los bienes. A partir de acá se origina la necesidad de poder regular el acceso de las personas a los bienes y de los que ya accedieron a buscar la forma de poder regularlos para poder mantener la armonía y el equilibrio social.

La creación legislativa de los derechos reales fue reservada desde tiempos muy antiguos, quizá por su importancia en la economía, en la política y en lo social. La voluntad de las partes es una fuente muy importante para pensar que existe la posibilidad de crear los derechos reales que uno quisiese. En nuestro sistema, esto no se permite, quizá por mantener una seguridad jurídica o económica. Es

por eso que esta prohibido la constitución por acto jurídico de un derecho real que no sean los que están contemplados en la ley.

La reserva legislativa de la creación de derechos reales se conoce con el nombre de *Numerus Clausus*, pero también existe una posición de la doctrina que considera que es factible considerar a los derechos reales como *Numerus Apertus*, estamos de acuerdo que los derechos reales se pueden crear por ley, pero también se podrían crear por la voluntad de las partes, mientras se cumplan con los requisitos legales adecuados para un derecho real en general y se trate verdaderamente de la creación de un poder directo e inmediato sobre la cosa; de esta manera se podrían crear otros derechos reales originarios totalmente o derivados de otros derechos reales ya existentes, mezclándolos entre ellos con tal de alcanzar la figura jurídica más eficiente para nuestros objetivos.

La autonomía de la voluntad sería el principio que sostendría la posición de considerar a los derechos reales como *Numerus apertus*. Definitivamente, existirían numerosos problemas con respecto a la oponibilidad de los mismos, pero ese ya es otro tema, lo importante que queremos analizar en el presente trabajo es hacer un estudio del origen del principio de tipicidad de los derechos reales (*numerus clausus*) y compararlos frente a un sistema jurídico donde el principio sea el sistema de *numerus apertus*, de esta manera podríamos hacer una comparación específica y exacta lo que nos daría resultados objetivos para analizar si es más eficiente un sistema con *numerus clausus* o un sistema con *numerus apertus*.

Creemos que las personas deben de gozar con una amplia libertad para aprovechar sus bienes de la mejor forma que ellos crean conveniente, además su derecho de propiedad lo establece así, creemos que el legislador no debería limitar esos derechos reales dejando a la persona la completa libertad de ejercer sus derechos de propiedad de la mejor forma.

En nuestra tesis, usaremos como método de investigación el Análisis Económico del Derecho, el cual es una escuela del pensamiento jurídico que ha aparecido en los países anglosajones con base en la evolución del pensamiento

económico, en especial entre 1930 y 1970; este método de investigación viene siendo usado desde la década de los noventa en reemplazo de otros métodos más tradicionales. Se trata de una metodología que aplica a problemas de carácter jurídico, principios y conceptos de orden económico.

Podemos decir que el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) es la propia Economía aplicada al Derecho, aquí existe un elemento central: la eficiencia. Al aplicar, tanto la Economía como el Derecho, surge el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, es así como se busca siempre la solución más eficiente ante una determinada situación.

Desde la óptica del AED se pueden obtener herramientas para evaluar el funcionamiento de las instituciones jurídicas y comprender la función que tales instituciones cumplen. Igualmente permite calcular el impacto que las normas jurídicas (sean ellas legales, reglamentarias o en decisiones judiciales) tienen sobre la conducta de las personas, puesto que tales normas producen incentivos que modifican la conducta de sus destinatarios.

Utilizando dicha metodología, se puede apreciar cómo un mismo objetivo se puede lograr de diversas formas, no todas las cuales tienen los mismos costos individuales y sociales.

En las disciplinas no jurídicas, se percibe el nexo que existe entre una disciplina "científica" como la Economía y el Derecho (no tan científico), reconociendo que la mayoría de las instituciones jurídicas cumple alguna función, pero que normalmente es posible mejorarlas para obtener beneficios más eficientes y a un costo menor. Se reconoce que en un mundo de recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas, el Derecho sólo sirve si permite alcanzar los objetivos deseados al menor costo posible (sin desperdicio de recursos), y que hay objetivos que no pueden alcanzarse sin importar la buena disposición de quienes redactan las normas o quienes las aplican el nuevo orden social, económico, jurídico, político y tecnológico hacen necesarios la creación de nuevas formas, figuras e instituciones relativas a la propiedad y a su ejercicio, que lleven a buscar la manera más eficiente de aprovechar los derechos reales. No tenemos

que olvidar que el sistema *numerus clausus* se fundamenta en que es un sistema que aporta una gran seguridad a los adquirentes y a los terceros, entendiéndose que los derechos reales se encuentran determinados en cuanto a su contenido, a la voluntad del constituyente, y que cualquier modificación estaría regulado por la misma ley.

Por otro lado, el sistema *numerus apertus* no es un sistema que descuide tal seguridad jurídica de los particulares ni de los terceros, la autonomía de la voluntad puede ser regulada de tal manera que haga eficiente su uso. Más adelante desarrollaremos el principio de la Autonomía de la Voluntad que será el fundamento en que nos sostendremos para fundamentar la posibilidad de crear o modificar derechos reales.



1. DERECHOS REALES.-

Los derechos reales se consideran como un señorío inmediato sobre una cosa y susceptible de hacerse valer “Erga omnes”. Por derecho real entendemos el derecho que tienen las personas sobre sus bienes. Por lo tanto, en una “primera” aproximación, podemos decir que el Derecho Real supone una relación entre una persona y una cosa.

Esta definición podría sonar un poco abstracta, pero más adelante cuando estudiemos la naturaleza jurídica de los derechos reales vamos a entender mejor los conceptos y definiciones que continuación vamos a desarrollar.

El autor Eugenio María Ramírez Cruz¹ en su Tratado de Derechos Reales nos señala que la expresión “derechos reales” no existió en el Derecho Romano, sino que es una elaboración de los glosadores (comentadores) de ese derecho y que tal denominación es recibida desde la Edad Media.

Algunos autores como Jorge Eugenio Castañeda² piensan que fue Savigny quien propuso la denominación “derechos reales”, contraponiéndola a la de “derechos personales”. El mismo Ramírez Cruz señala que el término “real” es una derivación del latín *res* que significa cosa y que algunas legislaciones del mundo, como la alemana, denominan a los derechos reales como Derechos de Cosas.

El doctor Jorge Avendaño³, en un artículo otorgado a Themis, sobre la revisión del desarrollo del curso de Derechos Reales en la Pontificia Universidad Católica del Perú señala que, los derechos reales son prácticamente los mismos que en el Derecho Romano, hace referencia que existe algunas novedades como la propiedad horizontal y la multipropiedad; asimismo agrega que ya no existen algunos derechos reales en el Perú como la enfiteusis. También se señala en ese mismo artículo que nuevos derechos reales han surgido en los últimos años,

¹ RAMIREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Rodhas, 2007 T I, p 17

² Cit. por RAMIREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. p. 17

³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos Reales en la Católica*. En: Themis N° 48, Lima, 2002, p. 11

como es el caso de la Propiedad Fiduciaria y los Títulos de Crédito Hipotecario Negociables.

Profundizando la definición de derechos reales, podemos decir que los derechos reales son el poder jurídico, directo e inmediato que los sujetos tienen sobre un bien que les pertenece. Entonces, el derecho real crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que se encuentren en ella dos elementos, la persona que es el objeto activo del derecho y la cosa que sería el objeto.

El autor Aníbal Torres Vásquez⁴ nos dice que el derecho real es el poder jurídico, directo e inmediato, de un sujeto sobre un bien que le pertenece en orden a la satisfacción de un interés económico, poder que se adhiere y sigue al bien, por lo que puede oponerse frente a todos (erga omnes).

En esta concepción de derechos reales podemos apreciar claramente los caracteres esenciales de los derechos reales, podemos ver que se trata de un poder sobre el bien, que no existe mediación entre el titular del derecho y su bien (nos referimos al derecho de propiedad por ser el derecho real más completo), y lo más importante, que es un derecho oponible erga omnes; más adelante desarrollaremos estos caracteres detalladamente. Queremos hacer referencia al derecho real de propiedad y a los demás derechos reales, es el primero quien agrupa todos los atributos generales de usar, disfrutar, disponer y reivindicar, podríamos decir que los demás derechos reales son desmembraciones de este derecho.

Bajo nuestra concepción, cuando se hace referencia al “poder jurídico”, entendemos que se refiere al dominio o influencia que uno tiene sobre una cosa, a la facultad para hacer algo o la capacidad que uno tiene de provocar ciertos efectos en determinadas situaciones o cosas; todo esto bajo la influencia de la ley, convirtiendo así el poder que tiene la persona en un poder jurídico. Entonces, el sujeto activo del derecho real es el titular (propietario, poseedor, usufructuario,

⁴ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Lima : IDEMSA, 2006 T I, p 51

etc.), el objeto del derecho real sería el bien con valor económico. Según la naturaleza jurídica que se opte se podría pensar que no existe sujeto pasivo en los derechos reales, en todo caso, todas las demás personas “no titulares” del derecho real en cuestión, tendrían la obligación de respetar el derecho de la otra persona, pero no como una obligación contraída, sino como un deber general de abstención de realizar cualquier acto en contra de un bien.

Diez-Picazo⁵ denomina al derecho real como un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándosele un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentren con relación con ella.

A continuación deseamos hacer un pequeño estudio sobre la naturaleza jurídica de los derechos reales, doctrinariamente existe un debate sobre la naturaleza y elementos constitutivos de estos derechos, algunos lo diferencian y otros lo identifican a estos derechos con los derechos obligacionales.

Cuando hablamos de la naturaleza de los derechos reales no podemos dejar de hablar de la distinción entre los derechos reales y los derechos obligacionales. Ya lo dijimos, Derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un derecho pleno o limitado sobre una cosa, un bien. Derecho obligacional es aquel que atribuye a su titular la facultad de exigir una prestación (de dar, hacer o no hacer) a un tercero.

Podemos hacer a primera vista una simple clasificación entre ambos derechos por los elementos más resaltantes de ellos:

La primera clasificación que encontraríamos entre los derechos reales y los derechos de obligaciones sería por su origen, los primeros pueden ser Originarios o Derivados, serán originarios cuando una persona ejerce un poder jurídico sobre

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*. V. II, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 41 y ss.

un bien que no tiene dueño y por primera vez, por ejemplo, nuestro Código Civil⁶ señala que algunas cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas, etc., pueden ser adquiridos por las personas que las aprehenda; serán derivados cuando se ejerciten poderes jurídicos sobre bienes que ya se encuentren dentro del tráfico jurídico y comercial, por ejemplo la comercialización de bienes como una casa, un auto, una motocicleta, etc.. Por otro lado, los derechos obligacionales pueden ser legales o voluntarios, los primeros serán impuestos por la ley y los segundos pueden nacer en forma unilateral o por voluntad de las partes.

Una segunda clasificación de los derechos reales y los derechos de obligaciones se daría por los Sujetos, es decir, en los primeros sólo hay un sujeto o una parte, por ejemplo el titular de una propiedad, mientras que en el segundo hay más de un titular o una parte, por ejemplo el deudor y el acreedor.

Una tercera clasificación sería por el Ejercicio, mientras que el derecho real es absoluto porque se opone a todo el mundo “erga omnes”, el derecho de obligaciones tiene oposición sólo frente al deudor o deudores, es decir, oposición sólo entre las partes.

Finalmente, una última clasificación entre los derechos reales y los derechos de obligaciones sería por la Acción, los primeros pretenden un reconocimiento general de toda la sociedad, mientras que los segundos solamente pretenden que su derecho será reconocido por su inter parte, es decir por las personas que se encuentran obligadas.

A simple vista podemos ver que la principal diferencia entre ambos derechos es muy concreta; dijimos que el derecho real es el poder jurídico que ejerce directa e inmediatamente una persona sobre una cosa, poder que es oponible “erga omnes”, en pocas palabras, estamos hablando de una relación directa entre una persona y una cosa, cuya estructura de formación contendría dos elementos

⁶ Código Civil de 1984. Art.º 929.- Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en las playas u orillas, se adquieren por la persona que las aprehenda, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos.

solamente: el sujeto activo, que vendría a ser la persona y la cosa como objeto; por otro lado, en el derecho obligacional tenemos más elementos estructurales: el sujeto activo (el acreedor), el sujeto pasivo (el deudor) y el objeto (puede ser un dar, hacer o no hacer). Es así que en el derecho obligacional existe un sujeto más que en los derechos reales, nos referimos a un sujeto pasivo.

Unos diferencian y otros identifican a los derechos reales con los derechos de crédito, para fines de nuestra investigación sólo analizaremos las dos principales teorías al respecto, la Teoría Clásica o dualista y la Teoría Monista o unitaria.

- Teoría Clásica o dualista; esta teoría, en su acepción Clásica hace la separación entre derecho real y derecho personal, considera que los elementos constitutivos del derecho real son: el sujeto activo que sería le titular del bien; y la cosa que sería el objeto sobre el cual se ejercita el derecho real. Esta teoría descarta al sujeto pasivo; es decir, un derecho real crea la relación entre una persona y una cosa, relación que tendrá las características de ser directa e inmediata, de tal suerte que sólo existen dos elementos, la persona y la cosa; y, el derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera.

En su acepción económica, al igual que la teoría clásica, esta teoría piensa que el derecho real y el derecho personal son diferentes. Se dice que el derecho real se refiere a la apropiación de la riqueza debiendo recaer únicamente sobre cosas determinadas o que puedan individualizarse; en cambio, el derecho personal recae en una prestación, en un servicio que los hombres se han obligado a prestarse. En el derecho real hay un contacto entre un apersona y una cosa, en el derecho personal el contacto es entre dos personas. En el derecho real una cosa esta sometida al poder de apropiación de una persona, en tanto en el derecho personal, la actividad económica de una persona es puesta a disposición de otra, en forma de prestación positiva o negativa. El derecho real es de apropiación de una riqueza, el derecho personal es el aprovechamiento de los servicios

Finalmente, una última acepción de esta teoría sería la Institucionalista, esta acepción nos dice que en el seno de las instituciones (conjunto de individuos, tribus, ciudades, estados) se crean situaciones de estados de hecho que con el tiempo se transforman en Derecho. En la institución existen dos clases de reglas jurídicas: el derecho disciplinario, que es el establecido por las autoridades; y el derecho estatutario, que son las elaboradas con el concurso e intervención de las personas. Esta teoría dice que el derecho real tiene su origen en el derecho disciplinario, lo que explica la existencia del sujeto pasivo; en tanto los derechos de crédito son derechos personales que nacen de la voluntad de los individuos y están regidos por el Derecho Estatutario. En conclusión, esta teoría también diferencia entre derecho real y derecho personal, en base a que los derechos reales tienen su origen en el Derecho Disciplinario y el derecho personal tiene su origen en el Derecho Estatutario, donde impera la autonomía de la voluntad.

- Teoría Monista o unitaria, en una primera acepción es Personalista, denominada también “Doctrina de la Obligación Pasivamente Universal” o “Doctrina del Sujeto Pasivamente Universal”, asimila el derecho real al personal. Unifica los derechos reales y personales. Para esta teoría, el derecho real es una relación establecida entre el titular del derecho como sujeto activo y todos los no titulares del derecho real como sujetos pasivos que tienen el deber genérico de no impedir que el sujeto activo obtenga por hecho propio las ventajas que le proporciona el bien objeto de su derecho. Esta doctrina considera que el derecho real es sólo una especie del derecho personal, debido a que en su estructura se encuentran los mismos elementos de la obligación: el sujeto activo (titular del derecho real), el objeto, y el sujeto pasivo; entonces al derecho real le corresponde una obligación pasivamente universal. El acreedor domina al deudor del mismo modo que le propietario domina a los demás hombres por medio del ordenamiento jurídico puesto a su disposición frente al infractor. Para esta teoría no hay diferencias fundamentales entre derechos reales y derechos de crédito. Se objeta esta teoría diciendo que es falsa por cuanto

la denominada obligación pasivamente universal, jurídicamente hablando, no es una obligación que figure en el pasivo del patrimonio de todos los titulares de los derechos reales, sino un deber general de no interferir en los derechos de los demás, sean estos reales o personales

Finalmente, una última acepción de la teoría monista sería la Realista, al igual que la Personalista, es monista. La diferencia radica en que la teoría personal asimila el derecho real al derecho personal y la teoría realista asimila el derecho personal al derecho real, unifica todos los derechos en la categoría de los derechos reales. Esta teoría nos dice que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre el que recae. Dice que el derecho personal no es un derecho sobre la persona, sino sobre sus bienes.

Podemos apreciar que en esta última Teoría Monista, en sus dos acepciones, los que la trabajaron no advirtieron que en el derecho personal, el acreedor necesita de la actividad del deudor para acceder al bien, mientras que en el derecho real no se necesita tal actividad. Este es un factor muy importante a tener en cuenta al analizar la naturaleza jurídica de los derechos reales. Muy diferente es lo que podemos comentar respecto a la Teoría Clásica, en sus tres acepciones esta acorde a lo que sucede en la realidad, existe una naturaleza distinta entre los derechos personales y los reales; quisimos señalar ambas teorías porque mucho se habla en la doctrina sobre la diferencia de ambas, y partiendo de una u otra postura se definen los derechos reales; esto va a ser muy importante al momento de ver que sistema de derechos reales sería más eficiente en nuestro sistema jurídico, la concepción de Derecho Real cobra importancia en esos momentos cuando a algún derecho personal se le confieren características y atributos de un derecho real, como el Arrendamiento por ejemplo; alguien podría pensar que no sólo basta la naturaleza jurídica para separar los derechos personales de los reales, sino la misma función que cumplen dentro del sistema económico.

Podemos confirmar entonces la definición que dimos citando al autor Aníbal Torres Vásquez⁷: derecho real es el poder jurídico, directo e inmediato, de un sujeto sobre un bien que le pertenece en orden a la satisfacción de un interés económico, por lo que esta en la facultad de oponerse a todos. Tenemos que tener en cuenta también que tal poder que cuenta el titular de un derecho real se debe ejercitar dentro de los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Para profundizar el desarrollo de los derechos reales queremos señalar sus principales caracteres. Para esto, queremos citar al autor El autor Eugenio María Ramírez Cruz⁸, quien en su Tratado de Derechos Reales nos señala cuales son los caracteres esenciales de un derecho real;

- Nos dice que se trata de un poder directo, lo que debe implicar un tenencia física, material y tangible del bien, como también jurídico o formal.

Podemos recordar una clase de Derechos Reales en pre grado en la Pontificia Universidad Católica del Perú donde el doctor Jorge Avendaño ponía el supuesto siguiente: el hecho de estar dictando la clase con un terno, no quiere decir que no se tenga posesión de los demás ternos que quedan en el ropero en casa, no se tiene un tenencia física, pero se poseen algunos bienes de la forma para lo cual fueron destinados, no podemos usar toda la ropa que tengamos al mismo tiempo, y si nos ponemos una prenda un día no quiere decir que no poseamos las demás al mismo tiempo.

- Otro caracter de los derechos reales se refiere al poder inmediato. La inmediatividad o inmediación supone que no necesita la contribución, cooperación o colaboración de sujeto alguno para poder ejercitar tal poder,

⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Lima : IDEMSA, 2006 T I, p 51

⁸ RAMIREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. pp. 58 y ss.

simplemente se da la relación persona-cosa, sin tener en cuenta a otro sujeto (no existe sujeto pasivo) ni causa especial alguna.

Podemos entender que la relación de una persona con una cosa a través de un derecho real es tan directo que nada se interpone entre ellos y no depende de nadie para ejercerlo. Esta es uno de los principales caracteres de los derechos reales.

- Es un poder absoluto, principalmente se dice que este poder se manifiesta con la oponibilidad y validez frente a todos (erga omnes), sin necesidad de invocar una causa especial.

Podemos pensar entonces, que de este poder absoluto se deriva el derecho de persecución en los derechos reales, ya que podemos perseguir el bien y tratar de reingresarlo a nuestra esfera de poder.

- Tiene también el poder de exclusión, este poder se trata de excluir a cualquier otro poder igual al de nosotros o concurrente sobre nuestro mismo bien, lo que excluirá a cualquier persona de cualquier ejercicio o titularidad sobre el mismo bien.

Este poder de exclusión se manifiesta de manera muy clara en el Derecho de Propiedad, excepto en los casos de copropiedad, el Derecho de Propiedad no soporta un derecho igual y sobre el mismo bien en manos de otra persona que no sea su propietario.

- Finalmente, todo derecho real esta tutelado por una acción real, que procederá en contra de todo aquel que detente o posea un bien ilícitamente.

Los caracteres de los derechos reales son muy importantes para poder entender la definición y el alcance de estos derechos. Podemos decir entonces que existe derecho real cuando el “poder” del titular se incorpora al bien pasando a formar parte de su naturaleza, manteniendo una estrecha relación entre el titular y el

bien. Definitivamente estamos hablando de un bien determinado, concreto e individualizado; así mismo, los derechos reales tienen un contenido económico, forman parte del patrimonio de su titular y mantienen una relación inmediata con él, no requieren la cooperación de ninguna otra persona para el ejercicio del mismo; la intermediación no está necesariamente relacionado con la posesión, citamos al Dr. Jorge Avendaño anteriormente en referencia a que se puede poseer los bienes sin necesidad de tener contacto físico con ellos.

Los derechos reales nos otorgan también un poder absoluto y oponible frente a todo el mundo, lo cual es el pilar fundamental y razón de ser de estos derechos, que a su vez generan un deber general de abstención de las demás personas de no perturbar el ejercicio de los derechos de los demás. De esta característica fundamental se desprende el derecho de persecución que tiene el titular sobre sus bienes, una vez constituido el derecho, el titular puede ejercerlo sin importar en posesión de quien se encuentre el bien, ni donde se encuentre.

No sólo los caracteres de los derechos reales son relevantes en nuestra investigación, sino también los Principios Generales que los rigen, a continuación veamos los dos principios que rigen los derechos reales en nuestro país:

- El Principio de legalidad; uno de los aspectos fundamentales de los derechos reales es su tipicidad, es la forma como se establece los derechos reales, si sólo se permite usar los derechos ya existentes (*numerus clausus*) o si se deja en libertad a las personas la constitución de derechos reales que estimen convenientes (*numerus apertus*).

En relación al principio de legalidad, el autor Guillermo Borda⁹ señala que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley y, que por ello, su número es limitado. El mismo señala que esto se debe a la preocupación del poder público porque todo está relacionado estrechamente con el régimen de propiedad y, que podría quedar alterada en sus mismos fundamentos si se admitiese la libertad de convenciones. Borda¹⁰ también señala que a diferencia de los derechos reales, los derechos personales si

⁹ BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos reales*. Buenos Aires: Perrot, 1994 p.12

¹⁰ BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos reales*. Op. Cit. p. 10.

admite una creación ilimitada de relaciones de acuerdo a los intereses de las partes. Creemos que esto se justifica porque los derechos reales si afectan a terceras personas, en cambio, los derechos personales pueden ser creados ilimitadamente, porque, mientras afecten sólo a las partes, pueden ser creados sin ningún problema.

En el sistema *Numerus Clausus*, la tipicidad cumple un papel fundamental en los derechos reales, siendo éstos derechos los que juegan un papel importantísimo en la determinación del Régimen de Propiedad de un país, no puede dejarse su creación a la voluntad de los particulares. Decimos esto porque según desarrollo de la Propiedad en la Historia, aquella pasó por distintas etapas y regímenes de propiedad; desde las más vinculantes hasta las más liberales; desde excluir a la propiedad del tráfico jurídico hasta la completa liberación de la misma. Se llega a la tipicidad para evitar que se excluyan del tráfico jurídico a la propiedad, para evitar que se creen derechos reales que vinculen a la propiedad a otros regímenes como la enfiteusis, el mayorazgo, las manos muertas, etc. Entonces, lo importante de sistema *Numerus Clausus* es que sólo podemos desenvolvernos dentro de los derechos reales tipificados en nuestro Código Civil. El autor Eugenio María Ramírez¹¹ nos dice, respecto al sistema *numerus clausus*, que no puede dejarse su estatuto a la voluntad de los particulares porque afectaría a la constitución social del país y por lo tanto la ley los debe fijar taxativamente. Podemos apreciar lo fundamental de los derechos reales, debido a que el derecho real absoluto es la propiedad, esta misma puede afectar en la constitución social del país. La pregunta siguiente sería como lo afectaría, pues bien, analicemos; el derecho real por excelencia es el derecho de propiedad, el cual contiene todos los atributos de todos los demás derechos reales. La propiedad es un derecho que se reconoce en numeral 16 del artículo 2º de nuestra Constitución Política del Perú de 1993; es la misma Constitución la que establece un Régimen sobre el cual se desarrolla la propiedad en el país, lo que se complementa con el código Civil que establece a más

¹¹ RAMIREZ, Eugenio María. Tratado de Derechos Reales. T. I, P.92

detalle el régimen jurídico que debemos respetar en nuestro país. Es la propia Constitución la que señala en su artículo 72º que la Ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones, específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Como podemos ver, el tratamiento de la propiedad es muy particular; cuando hablamos de propiedad hablamos de propiedad de bienes ya sean muebles o inmuebles, estos bienes son el objeto de todas las transacciones comerciales que se dan en un país, esto es lo que mueve la economía de un país. Entonces, si estamos ante un régimen de derechos reales abierto o cerrado se puede decir que puede afectar a la constitución social de un país, tal como lo señalaba Eugenio María Ramírez. Podemos decir finalmente que la tipicidad en los derechos reales va a jugar un papel muy importante en el sistema de derechos reales que se establezca de un país, ya que determinará las facultades con las que cuentan las personas para poder celebrar sus relaciones jurídicas, lo cual se verá directamente reflejado en la Propiedad y en su protección.

En el sistema *Numerus Apertus*, la tipicidad también juega un papel muy importante, el hecho que las personas tengan la libertad de crear sus propios derechos reales no quiere decir que los puedan hacer tan libremente, están sujetos a ciertas pautas de creación, lo que permitirá que se mantenga un equilibrio entre lo que se cree y el propio sistema jurídico. Este régimen se distingue del anterior porque existe un acentuado acatamiento del codificador a la autonomía de la voluntad. Castán Tobeñas¹² señala que tanto en España como en Alemania los puntos de vista al respecto siempre han sido muy polémicos. Se señala incluso que el antiguo derecho germánico establecía el sistema *Numerus apertus* al dar efecto real a cualquier obligación referida a una cosa determinada, pero que el BGB de 1900 volvió a adoptar el sistema romano del *numerus clausus*.

¹² CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Madrid: Reus, 1943. P. 27

El principio de legalidad, respecto a los derechos reales, se ve reflejado en el Código Civil Peruano de 1984, se señala en su artículo 881° que son derechos reales los regulados en el propio Código Civil y otras leyes. El artículo antes mencionado tiene su origen en el artículo 852° del Código Civil de 1936 que disponía: "...por los actos jurídicos sólo pueden establecerse los derechos reales conocidos en este código". Consagra el principio de legalidad o tipicidad o *numerus clausus* de los derechos reales. Según el principio de legalidad, son derechos reales los que están únicamente regulados en la ley en un cierto número de figuras típicas, más allá de las cuales no se puede crear nuevos tipos. Entendamos que el Código Civil actual señala que se pueden crear nuevos tipos de derechos reales por Ley, dejando fuera de la tipificación la voluntad de las personas. La creación de nuevos derechos reales está sustraída a la autonomía de la voluntad privada. Como referencia, Eugenio María Ramírez¹³, nos dice que el sistema *numerus clausus* es el más antiguo, lo fue en el Derecho Romano Clásico, donde el número de derechos limitativos de la propiedad estuvo perfectamente establecido. Señala también que se así se regulo la enfiteusis, la superficie, las servidumbres, los derechos de garantía, pero no se permitía otros.

- El Principio de Libertad de Enajenación; es el principio que permite al titular de un derecho real enajenarlo, gravarlo o no hacerlo, a nadie se le puede obligar a realizar actos de disposición o gravamen de sus bienes o a no realizarlos. El artículo 882° del Código Civil de 1984 señala que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita. Este artículo tiene su origen en el artículo 852° segundo párrafo del Código Civil de 1936, donde también se establecía que no se puede establecer la prohibición de enajenar, salvo los casos permitidos por la ley. Podemos pensar entonces que una consecuencia del sistema *numerus clausus* que rige en nuestro país es la prohibición de los pactos restrictivos del derecho de propiedad que impiden enajenar o gravar los bienes. Definitivamente, este principio es fundamental en los

¹³ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de Derechos Reales: Teoría General. Op. Cit. P. 94

derechos reales, de la misma forma como lo es el principio de legalidad; en este caso, el Principio de Libertad de Enajenación también es un principio que se consagra con la revolución francesa para acabar con el feudalismo y con todo su régimen de propiedad vinculante.

Analicemos bien este principio; este permite al titular de un derecho real enajenarlo, gravarlo o no hacerlo. Como bien se dice, a nadie se le puede obligar a realizar ciertos actos de gravamen o de disposición de sus bienes; podemos decir que existe esa libertad como contraposición al sistema de la propiedad vinculada que existía en la época feudal, donde muchas propiedades eran sacadas del mercado con las cargas o gravámenes que soportaban, los mayorazgos eran una de ellas. Ya dijimos en el desarrollo del principio anterior, que después de ésta época feudal se da un desarrollo jurídico para evitar que la propiedad salga del comercio, ya que cumple un rol fundamental en el desarrollo económico de la población. Dijimos que una consecuencia del sistema *numerus clausus* que rige en nuestro país es la prohibición de los pactos restrictivos del derecho de propiedad que impiden enajenar o gravar los bienes; esto es consecuencia obligatoria de pasar de un régimen de propiedad vinculada a un régimen de libertad de enajenación, en la época feudal existían esos pactos restrictivos del derecho de propiedad, es más, la propiedad quedaba excluida por generaciones del comercio, soportaban cargas que muchas veces podían ser perpetuas, como el mayorazgo, las manos muertas, la enfiteusis, etc.. La política jurídica, después de la revolución francesa, era dejar atrás todo lo relacionado al sistema feudal de la propiedad, es decir, la propiedad vinculada basada en un sistema de derechos reales abiertos, quedaba completamente excluida de toda legislación, más aún, se establecía en la mayor parte de legislaciones de los países un sistema de derechos reales cerrado para evitar que se repitan los mismos abusos que se cometían en el feudalismo con la propiedad y con la explotación de la misma.

Finalmente, se dice que este principio es fundamental en los derechos reales porque va a prohibir cualquier pacto que restrinja la libre circulación

de la propiedad. Ya lo dijimos, con el Presidente Gamarra se empezó una política desamortizadora, se prohibieron las propiedades vinculadas y se preparó el camino para que en el Código Civil de 1936 se establezca el sistema *numerus clausus* en los derechos reales. Este principio es fundamental porque es el complemento del principio de legalidad, este establece cuales son los derechos reales taxativamente y el otro garantiza la libre circulación de los bienes en el comercio, no sólo se tiene que garantizar un número cerrado de derechos reales para seguridad jurídica de las transacciones, sino también, garantizar que no se realicen pactos que separen la propiedad de libre comercio.

Para terminar con esta primera parte del desarrollo del marco teórico de los derechos reales quisiéramos señalar cuales son las normas que tipifican los derechos reales en nuestro país:

- La Constitución Política del Perú de 1993
- El Código Civil de 1984
- Ley 27157 Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común (reemplazo a la ley de propiedad horizontal).
- El reglamento de la ley anterior Decreto Supremo N° 008-2000-MTC.
- Ley de la promoción de la inversión en el sector agrario.
- Ley de derechos de autor Decreto legislativo N° 822
- Ley de propiedad industrial Decreto Legislativo N° 823
- Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752
- Ley forestal y de fauna silvestre, ley N° 27308

1.1 SISTEMA *NUMERUS CLAUSUS*.-

Nuestro Código Civil ha adoptado el sistema "*numerus clausus*" para designar a los Derechos Reales, reconociendo esta cualidad sólo a 11 derechos: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie, servidumbres y los 4 derechos reales de garantía: hipoteca, prenda, anticresis y retención.

No poder crear nuevos derechos reales en el sistema *numerus clausus* significa que a través de actos jurídicos sólo se podrán crear derechos reales que están señalados en el código Civil como la propiedad, posesión, copropiedad, usufructo, servidumbre, habitación, uso, superficie, hipoteca, prenda, anticresis y derecho de retención; así como también cualquier otro derecho real que se encuentre en alguna ley especial, las cuales detallamos en una lista taxativa en este mismo capítulo.

Preliminarmente hicimos un estudio breve sobre los derechos reales en el Derecho Romano, pero no encontramos una categoría similar a lo que tenemos hoy en día. Determinadas expresiones como *ius in rem*, o *ius reale*, serán sin duda introducidas por los glosadores al hacer sus comentarios sobre las fuentes clásicas, lo que deben haberlo hecho a partir del conocimiento de la *actio in rem*, que si fue utilizada por los jurisconsultos romanos. La *actio in rem* significó: acción contra, hacia, o sobre la cosa. El presupuesto de la *actio in rem* es el mismo derecho real, es la expresión de un derecho absoluto que recae sobre la cosa y que tiene un deber de abstención *erga omnes* por detrás.

Debemos decir que en el Derecho Romano se maneja un sistema de *numerus clausus* muy estricto, en donde no se dejó nada a la voluntad de las partes para poder regular la creación de algún derecho real que no este expresamente tipificado y protegido *erga omnes* por las acciones reales.

El principio de *numerus clausus* en la tradición del Derecho Romano se conoce en la época clásica, y será establecido expresamente mediante el Edicto de Salvio Juliano (123 d.C.); esa característica de tipicidad de los Derechos Reales encuentra su fundamento en el Derecho Romano por el papel que jugaba la publicidad en ese derecho; la *traditio* tenía fórmulas simbólicas para la adquisición de la propiedad, lo que hacía más difícil el conocimiento de tales actos por parte de los terceros.

La característica principal y más resaltante del sistema *numerus clausus* es la tipicidad de los derechos reales, lo cual lo convierte en un elemento muy

importante en nuestra investigación; el autor José Antonio Álvarez Caperochipi¹⁴ nos señala que la tipicidad de los derechos reales tiene dos razones muy importantes: la protección de la apariencia, por el tema de la publicidad del derecho de propiedad; y, la segunda y más importante razón es la protección de la propiedad, en su libertad de enajenación y libre circulación.

Uno de los fundamentos que Caperochipi señala como base para su fundamentación es la defensa de la apariencia, donde su ejercicio estaría sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exigiría la preexistencia típica del derecho y la determinación sustancial de su contenido. Caperochipi defiende la posición de la eficacia *erga omnes* de un derecho real ha de ser considerada como típica sin que se pueda, en virtud de acuerdos privados, constituir relaciones con trascendencia universal. Definitivamente, Caperochipi defiende la seguridad jurídica de las transacciones, para él es de mucha importancia que todo lo relacionado a transacciones sobre bienes debe ser publicitado, para que de esa manera tenga eficacia *erga omnes*, y creemos que la única forma de hacerlo es a través de la publicidad en los registros; pero en los Registros Públicos se pueden inscribir no solamente los derechos reales que celebramos; el caso del contrato de arrendamiento, éste se puede inscribir en los registros para que sea oponible *erga omnes* y eso no lo convierte en un derecho real. Eugenio María Ramírez¹⁵, de la misma forma de Caperochipi, nos señala que los derechos reales son tan importantes para el tráfico de los bienes, que es necesario que su número sea determinado por la ley. De la misma forma como opinamos con Caperochipi, la protección que se intenta cubrir con el sistema *numerus clausus* es una protección a terceros sobre los acuerdos que celebren dos personas y la protección de todo un sistema jurídico de derechos reales, que están establecidos desde la Constitución hasta las leyes especiales que lo regulan. Definitivamente, ya lo dijimos anteriormente, la propiedad es el derecho real por excelencia, y la misma juega un papel muy importante en el desarrollo económico de un país, he allí la vital importancia del sistema cerrado de

¹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Op. Cit. Pp. 17 y ss

¹⁵ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: Teoría General*. Op. Cit. P. 94

derechos reales. Aníbal Corvetto Vargas¹⁶, nos dice lo mismo, que no se puede dejar la constitución de derechos reales a los particulares porque de ella depende toda la estructura económica de un país y por lo tanto sólo lo puede establecer la ley y de forma taxativa.

Otro fundamento que también señala Caperochipi, y que creemos de vital importancia para la tipicidad de los derechos reales, es el reconocimiento de la propiedad, la cual esta orientada a la libertad de comercio y a tener un titular siempre, es por eso que no hay cosa que no tenga dueño, las cosas que no tienen dueño será el Estado el titular, pero el fin de la propiedad es el tráfico económico, el cual a su vez se fundamenta en una seguridad jurídica de la misma. Lo señalamos en este mismo capítulo, se retorna al sistema *numerus clausus* después de la época feudal, donde regía el sistema abierto de derechos reales, donde se excluían del tráfico jurídico a las tierras para dar beneficio a los señores feudales.

Corvetto Vargas¹⁷ defiende el sistema cerrado de derechos reales señalando que es el que más se adecua a nuestro sistema real, a los derechos de los terceros y con los propios derechos reales. Señala esto porque, al igual que Caperochipi, busca defender la apariencia de los derechos reales a través de la inscripción en los registros públicos; y a su vez, para otorgar la seguridad en el tráfico jurídico de los bienes.

Nosotros no compartimos esa opinión completamente, la presente investigación trata de estudiar cuál de los dos sistemas sería más eficiente, más allá de los problemas que tendríamos al tratar de implementarlo. Creemos que no sólo el sistema cerrado de derechos reales se puede usar para la protección de la propiedad, su libre circulación económica, la protección de su apariencia y seguridad de los terceros; sino que el sistema abierto de derechos reales también se puede usar sin dejar desprotegida a la propiedad, su tráfico jurídico y su respectiva publicidad. El hecho de tener un sistema abierto de derechos

¹⁶ CORVETTO VARGAS, Manual Elemental del Derecho Civil Peruano. Lima. Lumen. T. II, P.199

¹⁷ Ibíd. P. 200

reales no significa que no existen reglas para los derechos reales como las conocemos hoy, muy por el contrario, significa que usando las reglas básicas o principios generales para los derechos reales, se podrían crear o modificar los ya existentes. La presente investigación no pretende regresar al *numerus apertus* como era en la edad media, muy por el contrario, pretendemos optimizar el uso de la propiedad, derecho real más completo, para obtener un mejor aprovechamiento de la misma, un uso más eficiente de acuerdo a las necesidades del mercado, al tráfico jurídico según los requerimientos de las personas, etc. Creemos que es posible lograrlo sin sacrificar la seguridad de los derechos reales.

No queremos adelantar nuestra opinión final, pero como ya lo escribimos, la autonomía de la voluntad de las partes, la necesidad de hacer un mejor negocio y dar un uso más eficiente a la propiedad puede justificar la posibilidad de poder tener la capacidad crear o modificar derechos reales ya existentes, o tomarlos como base para adecuarlos a nuestras necesidades.

Veamos pues, como se vino regulando el sistema *Numerus Clausus* en nuestra legislación.

Revisando la Exposición de Motivos de nuestro Código Civil de 1984 se puede apreciar que el anteproyecto del Código no es, en su conjunto, sustancialmente distinto del Código Civil de 1936. Los derechos reales reconocidos son los mismos que hoy rigen, en pocas palabras, el esquema del Anteproyecto sigue el esquema del Libro de los Derechos Reales del Código de 1936. Existe algunos cambios claro esta, una de ellas es la modificación de la noción de propiedad, la introducción de la presunción de la buena fe a favor del poseedor. Asimismo, el Código Civil contiene normas nuevas, con respecto a su predecesor, respecto a la propiedad predial, copropiedad, prenda e hipoteca.

El artículo 881° de nuestro Código Civil señala que sólo son Derechos Reales los regulados en el Libro V del mismo cuerpo de Leyes tal como lo hacía el artículo 852° del Código Civil de 1936, pero con la diferencia que en este código sólo se

aplicaba para el Derecho de Propiedad, a diferencia del Código actual que se aplica para todos los derechos reales.

El artículo 852º del Código Civil de 1936 establecía que: “por los actos jurídicos sólo pueden establecerse los derechos reales reconocidos en este código”. Pero, por leyes especiales ya se habían creado otros derechos reales con anterioridad tal como la Hipoteca sobre buques que se regía por la Ley N° 2411 del 30 de Diciembre de 1916; así como también las prendas mineras y agrícolas; estos derechos reales no se encontraban en el Código Civil de 1936.

1.2 SISTEMA *NUMERUS APERTUS*.-

Este es el sistema abierto o permisivo. La voluntad de las partes es libre para crear todos los derechos reales que crean conveniente; en este sistema se acentúa bastante el principio de la autonomía de la voluntad.

En el Derecho romano, señala Aníbal Torres Vásquez¹⁸, regía de manera muy estricta el sistema *numerus clausus*, siendo el fin principal la no disminución del valor absoluto de la propiedad. Es el mismo Torres Vásquez quien señala que es en el feudalismo de la Edad Media donde se otorga la libertad de creación de los derechos reales, el *numerus apertus*, es acá donde aparece el sistema de *Vinculaciones*, es así como se extiende la propiedad antieconómica, es así como se divide la propiedad, por un lado un dominio directo y por el otro un dominio útil, es en este contexto que se llega al apogeo de la llamada propiedad de manos muertas, como los mayorazgos, capellanías. Podemos decir que ese fue el fundamento en que se basaban las relaciones jurídicas en esa época.

Ya en el siglo XVIII, fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa, se regreso al régimen de la propiedad desvinculada, o como dice Álvarez Caperochipi¹⁹, se regreso al sistema de tipicidad de las cargas reales y a una pretensión de liberación de la propiedad dividida. Definitivamente podemos decir

¹⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Lima : IDEMSA, 2006 T I, p 118

¹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Granada: Comares, 2005 pp. 15 y ss.

que con la revolución francesa se inició el fin de ese régimen feudal de la propiedad, donde prácticamente se sacaba del comercio a la propiedad para darle usos propios de los señores feudales, donde el comercio de las tierras estaba limitado al enriquecimiento y al señorío de las mismas. De la misma forma en nuestro país se inicia una política desamortizadora con el Presidente Gamarra en 1829, pero será recién en el Código Civil de 1936 donde se establezca el sistema cerrado de derechos reales. Podemos pensar que la principal razón fue para evitar que se regrese a la propiedad vinculada. Son varias las razones para evitar regresar al sistema feudal de las vinculaciones y tratar de proteger el sistema cerrado de derechos reales, razones como la protección de la propiedad, la libre circulación de la misma, la tutela del crédito, etc.; pero, también es muy cierto que, sin tratar de regresar a la óptica feudalista de la propiedad vinculada, se puede usar la propiedad para darle usos más específicos de acuerdo a las necesidades de las personas, eso dará un uso más eficiente a los bienes y por lo tanto un mayor beneficio; para lo cual usaremos el AED como herramienta de análisis y ver si sería más eficiente un sistema más abierto de derechos reales.

Tener un sistema abierto de derechos reales que permita crear o modificar los derechos reales ya existentes no significa la total libertad para hacerlo; así lo señala Planiol²⁰, dice que es posible en su país la creación de derechos reales, ningún precepto legal lo prohíbe formalmente, pero precisa que eso no significa que la libertad de contratación vaya en contra de las normas de orden público y enfatiza en algo que señalamos; dice que no se trata de resucitar los antiguos derechos feudales o desconocer su propio Código Civil.

Como podemos ver, la referencia histórica más cercana sobre el sistema del *numerus apertuss* lo tenemos, tal como lo dijimos, en la Edad Media con el feudalismo, pero no queremos satanizar el sistema abierto de derechos reales, más adelante veremos que países como Francia y España lo tienen como sistema de derechos reales. Lo que pretendemos hacer es analizar la eficiencia de los derechos reales en nuestro sistema jurídico, para ello vamos a analizar y

²⁰ PLANIOL, Marcel. *Derecho civil : obra compilada y editada* / Georges Ripert. Mexico, DF. Pedagógica Iberoamericana, 1996. P. 55

comparar los dos sistemas de derechos reales que conocemos y estamos desarrollando, pero la acepción de un sistema de derechos reales abierto, como se conoció en el feudalismo, no es nuestro punto de comparación, nosotros queremos comparar los sistemas abiertos que aun están vigentes en algunos países como España y Francia.

En nuestra investigación queremos demostrar que un sistema *numerus apertus* podría ser una solución muy eficiente al momento de poder hacer uso de nuestra propiedad de la mejor manera, hoy en día se vienen dando contrataciones muy *sugeneris*, lo que nos hace pensar que en vez de encasillarnos en un sistema *numerus clausus* podemos abrir la posibilidad de permitir a las partes dar un uso más eficiente a su propiedad, para eso queremos recurrir al AED como herramienta que nos ayude en nuestra investigación.

1.2.1 LA AUTONOMÍA PRIVADA.-

La palabra autonomía proviene del griego *auto*, “uno mismo”, y *nomos*, “norma”, entonces, autonomía será la capacidad de tomar decisiones sin ayuda de otro. El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las relaciones jurídico-privadas aparece como un concepto elaborado por los filósofos del Derecho que aflora en el ámbito propio del Derecho Civil a finales del siglo XIX recogiéndose así una influencia de la dogmática posterior a la denominada Escuela de la Exégesis, que considera al Derecho como una ciencia con objeto propio, huyendo de la identificación del Derecho con la Ley Positiva, así lo señala el autor Antonio Román García.²¹ Entendemos que el punto de vista de este autor es muy particular, a ser de origen español esta inmerso dentro de una visión de los derechos reales *numerus apertus*, su libro, *La Tipicidad de los Derechos Reales*, nos fue de mucha ayuda en la investigación del presente trabajo, ya más adelante estudiaremos como maneja España su posición frente a un sistema abierto de derechos reales.

²¹ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1994. pp. 79

El mismo Román García²² señala también que el concepto de autonomía privada es uno de los grandes tópicos del Derecho moderno; pero muy ineludible de los actuales ordenamientos jurídicos. Señala que la autonomía privada se presenta en España como el ámbito de autodeterminación de la persona, señalando que es la esfera propia de la libertad de una persona para ejercitar sus facultades jurídicas y sus derechos. Más adelante desarrollaremos a mayor profundidad el caso particular de España en su tratamiento de los derechos reales y de la autonomía de la voluntad como justificación para hacerlo.

A nosotros nos llega la concepción de la Autonomía de Privada como un poder atribuido a la voluntad de los particulares para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas; así como también como el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de las facultades y derechos subjetivos.

El autor Luis Díez-Picazo²³ nos dice que la autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, es el poder de gobernarse uno a sí mismo. Señala también que podría definirse como el poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como es formada por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptualizarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte.

El mismo Díez-Picazo resalta mucho el tema de la libertad individual, donde la libertad significara dar al individuo una esfera de acción, en donde el individuo podrá desenvolverse con total libertad y además podrá dictar sus propias leyes para su esfera jurídica, claro esta, respetando siempre las normas imperativas y el respeto a los demás.

²² *Ibíd.* p. 76

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, Novena Edición. Vol

Es esta autonomía lo que podría permitir a los particulares la creación, modificación y extinción de derechos reales de acuerdo a sus necesidades económicas; lo que si debiéramos ver son los límites de la Autonomía de la Voluntad; el orden público y las buenas costumbres serán sus límites. No podemos pensar por un minuto en tratar de encasillar esa creación en los caracteres de los derechos reales, ya que éstos últimos son una persona-cosa; y, lo que pretendemos demostrar en este trabajo de investigación, es que es posible pactar entre personas, derechos sobre sus bienes, pero derechos reales de acuerdo a las necesidades específicas de cada uno.

Si bien es cierto que la autonomía privada puede permitir a las personas buscar los acuerdos que más les convengan, no es menos cierto que dichas relaciones no deben interferir con las demás personas de la sociedad. El autor Robert D. Cooter²⁴ en relación a una entrevista que le hace Themis, revista de Derecho, con relación a la llamada “máxima libertad del propietario”, señala que es muy deseable que los propietarios tengan una máxima libertad en una sociedad para la producción de riqueza. Señala que la decisión de cómo utilizar más eficientemente un recurso tiene, necesariamente, una alta carga subjetiva. El autor señala que nos debemos de asegurar de darle una discrecionalidad necesaria al propietario particular para que este pueda tomar tales decisiones; dicha discrecionalidad se va a ver limitada de muchas formas, en primer lugar vera si sus decisiones pueden afectar a terceros fuera del mercado y causar externalidades, en este caso la decisión tiene que ser limitada y la externalidad internalizada. Por ejemplo, ante esta situación donde se señala que las personas tienen que tener cierta discrecionalidad para tomar sus decisiones y usar su libertad, con respecto a los derechos reales, podemos citar lo que dice Román García²⁵, señala que la autonomía privada en el ámbito de los derechos reales encuentra su mayor limitación en el propio concepto de derecho real, señalando que este es un derecho subjetivo de contenido patrimonial que recae directamente sobre una cosa o un derecho, y que su titular cuenta con un poder de exclusión frente a cualquier

²⁴ COOTER, Robert D. *Análisis Económico del derecho de propiedad*. En: Themis N° 48, Lima, 2004, p. 262

²⁵ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*. op. cit. p. 69

otra persona. El caso particular de España lo vamos a analizar más adelante detalladamente.

La autonomía de la voluntad nos llevaría a decir preliminarmente que es perfectamente aceptable la creación y modificación de todo tipo de derechos reales según nuestras necesidades, siempre que respetemos las normas imperativas, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Hay que tener presente que este tema va de la mano con la oponibilidad, lo cual lo hace más importante aún, ya que entre particulares podríamos crear cualquier cosa siempre y cuando sólo afecte a mi esfera, pero desde que sale de ella ya puede afectar a los terceros, es allí donde el Estado se debe preocupar y brindarle la protección necesaria a sus ciudadanos a través de la publicidad respectiva.

1.3 AMBOS SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO.-

A continuación vamos a hacer un estudio sobre como se regulan los Derechos Reales, bajo que sistema, *numerus clausus* o *numerus apertus*, en algunos países del mundo.

- En Alemania, el planteamiento de la problemática de los límites de la Autonomía Privada en la creación, modificación y extinción de los derechos reales esta ligado íntimamente con el funcionamiento del modelo inmobiliario registral²⁶. Román García nos señala que hay que tener presente que en el Derecho alemán los cambios reales consecuencia de un negocio jurídico *inter vivos* sólo se entienden perfeccionados mediante la inscripción registral, que en ese sistema adquiere un carácter constitutivo, de tal modo que se presenta como una parte integrante del proceso de transmisión y constitución de derechos reales.

En este país se sigue el sistema llamado “folio real”, el cual cuenta con una rigurosidad máxima; esta rigurosidad es la registral y el propio modo de

²⁶ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*. op. cit. p. 91

transmisión de los derechos reales se realiza mediante el acuerdo abstracto e inscripción registral, acentuaran al máximo la tipicidad de los mismos, pudiéndose afirmar que en el Derecho Alemán sólo existen los derechos tipificados en el BGB.

En este sistema, al seguir el sistema del folio real, respecto de cada una de las fincas, da noticias del titular del derecho de propiedad y de los titulares de los distintos derechos reales que recaen sobre las mismas; en cada hoja del registro aparecen todas las relaciones jurídico-reales correspondientes a la propiedad.

En el Derecho Alemán existe el concepto jurídico denominado: acuerdo real, es un acuerdo de naturaleza abstracta entre las partes que se proponen realizar una modificación o una extinción de situaciones jurídico-reales. Se trata de una categoría jurídica en virtud de la cual se generan efectivamente las relaciones de derechos reales. Al respecto, Roca Sastre²⁷ nos dice que podemos apreciar, al respecto del acuerdo real, las especiales características con que se plantea el tema de la consecuencia jurídica de la misma, lo que lo limita a tener una tipología estricta en lo referente a la autonomía privada para la creación, modificación y extinción de derechos reales. Es por ello que se limita a lo establecido en las leyes y no se deje en manos de los particulares tal creación.

El autor Antonio Román García²⁸ nos dice que en este sistema alemán se puede ver que la importancia del acceso al Registro no esta en la función de la eventual oponibilidad en relación a terceros de la situación jurídico-real; sino más bien, y principalmente, en el carácter constitutivo que la publicidad registral otorga a la inscripción, en relación al acuerdo traslativo abstracto.

Por otro lado, el artículo 949^o de nuestro Código Civil establece que con la sólo obligación de enajenar un inmueble determinado se hace al acreedor

²⁷ ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1979. T. I, P. 55

²⁸ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*, op. cit., p. 95

propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Con este artículo, uno ya es propietario de un bien, no se necesita nada más, pero quizás no lo podamos hacer oponible a nadie más, si es que la persona que nos vendió el bien lo vende a alguien más, y ésta última inscribe su derecho en los Registros Públicos. Es aquí donde el artículo 1135º de nuestro Código Civil otorga preferencia a la inscripción registral, pensamos que esto obedece a una protección al propietario que fue diligente en inscribir su derecho a tiempo.

Si seguimos este razonamiento, se podrían constituir acuerdos entre las personas sobre la modificación o creación de derechos reales, para luego ser inscritos en los Registros Públicos y de esa forma obtener su constitución y con eso a su vez se obtendría la respectiva publicidad y oponibilidad propios de los Derechos Reales.

Como dijimos en este trabajo, las personas buscan siempre maximizar sus beneficios en sus operaciones comerciales, sino no existiera una distinta valoración de los bienes en el mercado, no habría transacciones comerciales. Un bien vale más siempre para alguien, lo cual motiva el intercambio comercial. En base a esto, creemos que las personas deberían tener cierta libertad, ojo, no una total libertad, para poder crear o modificar los derechos reales que ya existen de acuerdo a sus necesidades, de esa manera se obtendría una mayor adecuación a sus requerimientos, y tal como sucede en la transferencia de la propiedad, con la debida inscripción en los Registros Públicos se obtendría la publicidad y la respectiva oponibilidad que se requiere en los Derechos Reales.

- En España no se establece una tipología sistemática y taxativa de los derechos reales; por otro lado, la Ley Hipotecaria menciona como tales: el dominio, los derechos de usufructo, uso y habitación, la enfiteusis, la hipoteca, los censos y las servidumbres.

El artículo 467º del Código Civil Español dice: “El Usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y

sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”; acá podemos apreciar que se deja una puerta abierta a los particulares para poder establecer contractualmente alguna variación de la figura del usufructo, claro esta que esto permitirá a las personas regular un usufructo según la manera más eficiente que ellos convengan según sus necesidades.

El artículo 523º del Código Civil Español dice: “Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene el Derecho de habitación, señala que se regularan por el título constitutivo de esos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes”. De la misma forma que el artículo antes citado, se deja a los particulares la facultad de poder regular la forma más adecuada a sus necesidades sobre el Derecho de habitación, con eso se obtiene que las personas busquen satisfacer sus intereses de la manera más adecuada.

El artículo 1255º del Código Civil Español dice: “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”.

Este último artículo nos demuestra que en el Sistema Jurídico Español deja la potestad a los contratantes de pactar todo lo que ellos crean conveniente de acuerdo a sus necesidades y apreciaciones económicas, tal como lo señaló el doctor Francisco Avendaño²⁹ se podría tener una especie de derechos reales típicos y otros atípicos, siempre y cuando se tenga límites para ellos, tales límites podrían ser las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Podemos apreciar que es necesario que exista esa libertad de los agentes económicos para poder celebrar los contratos que ellos estimen convenientes a sus necesidades, mientras sea eficiente para ambos contratantes no debería importarle a nadie más, pero siempre y cuando se

- ²⁹ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del “Numerus Clausus” en los Derechos Reales*. En: Themis, Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas. Nuevas corrientes en el Derecho Civil. Lima: 199. Pp. 99 y Ss.

publiciten tales acuerdos de la forma más adecuada para hacerlo oponible a los demás.

El tratadista L. Díez-Picazo³⁰ nos señala que el problema no está en decidir si se puede crear o modificar derechos reales ya existentes; sino, en establecer los parámetros y límites precisos en que se desenvolverá este poder de los individuos en el ordenamiento jurídico en que se encuentre.

Ante esto último, debemos hacer una aclaración muy importante, cuando analizamos sobre la posible creación o modificación de derechos reales, o tratamos de decir que no deberíamos tener un sistema *numerus clausus* no estamos discutiendo la existencia de los derechos reales ya existentes, no cabe duda que el Derecho de Propiedad es uno sólo y como tal, tiene todos los atributos de la propiedad y creemos que es el más complejo; pero, los demás derechos reales, como el usufructo por ejemplo, si se podría prestar para ser modificado o regulado de acuerdo a las necesidades de cada persona.

Si bien es cierto que algunos artículos del Código Civil español dejan la posibilidad de modificar algunos derechos reales para su mejor aprovechamiento por las personas, no es menos cierto que existe una viva polémica en el Derecho español sobre el tema, nos referimos a la polémica *clausus-apertus*. Eugenio María Ramírez³¹ nos dice que a primera vista pareciera que el Código Civil español y la Ley Hipotecaria se inclinaran por el sistema *apertus*, hay también personas que defienden el sistema cerrado de derechos reales. Álvarez Caperochipi³², profundo defensor del sistema cerrado de derechos reales en España, cita a Manuel Albaladejo, defensor del sistema abierto de derechos reales, señalando que Albaladejo sólo justifica el

³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Autonomía privada y derechos reales*. En: Libro homenaje a R. Ma Roca Sastre. Madrid: Gráficas Cóndor, 1976, pp. 276 y ss.

³¹ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: Teoría General*. Op. Cit. P. 100

³² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Op. Cit. P. 20

sistema *apertus* de los derechos reales en la Autonomía de la Voluntad. Señala asimismo, que no puede justificar todo un sistema de derechos sólo en un principio de derecho. Puig Peña³³ nos dice que a pesar que la Ley Hipotecaria española permite el *numerus apertus*, la jurisprudencia tiene la tendencia a defender el sistema cerrado de derechos reales. El mismo Puig Peña cita a Ramón María Roca Sastre, quien señala que la misma Ley Hipotecaria española señala un sistema cerrado de derechos reales, sólo que es mal interpretada.

Como podemos ver, pueden existir muchas opiniones sobre un mismo tema, incluso varias interpretaciones sobre un mismo artículo de una ley, pero lo cierto es que el derecho español en el artículo 2 de su Ley Hipotecaria señala que se permite la inscripción (además de los derechos reales señalados en el código Civil) de “otros cualesquiera reales”; pero más contundente aún es el artículo 7 del reglamento de la Ley Hipotecaria, que admite la inscripción de “cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en el futuro, alguna de las facultades del dominio inherentes a los derechos reales.

No es difícil interpretar la postura de la Ley Hipotecaria española, más fácil es entender la postura cerrada de algunos defensores del sistema cerrado de derechos reales.

- En Francia, se parte del principio de máxima libertad en la utilización de la propiedad, lo que implica la ausencia de limitaciones al uso y a la configuración de las relaciones jurídico-reales que no procedan de la propia naturaleza de las cosas, o de las normas imperativas, se basa en el amplio margen de la autonomía privada. No existe en el Derecho francés ninguna norma limitativa en la creación de derechos reales. Álvarez Caperochipi³⁴ señala que Francia es uno de los pocos países que mantienen el Principio de

³³ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1974. T. III, P. 214

³⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Op. Cit. P. 20-21

la Autonomía de la Voluntad como principal fundamento de su sistema abierto de derechos reales, principio que fue elevado a Principio Supremo del Derecho civil por la pandectística alemana.

El artículo 647^o del Código Civil francés otorga un amplio margen a la Autonomía Privada, señalando siempre que debe cumplir con una función económico-social y jurídica. Podemos ver que dicha autonomía cumple un papel muy importante en la configuración de las relaciones jurídicas francesas.

Nosotros creemos también que la autonomía de la voluntad es uno de los fundamentos para sostener un sistema de derechos reales no tan estricto, es decir, un sistema de derechos reales un poco más abierto, que permita a las personas adecuarse a sus necesidades y tener la posibilidad de una inscripción registral sin mayores trabas. El español Román García³⁵ nos dice que en el sistema francés existe un amplio margen para la configuración de las relaciones jurídico-reales, para la creación de nuevos tipos de derechos reales al amparo de la autonomía privada, así como también para la modificación de los tipos ya existentes; es la propia Ley francesa quien organiza y determina los tipos de derechos reales y deja espacio a los particulares para poder modificar los tipos legales o configurar otros nuevos para que pueden servir a las exigencias del moderno tráfico inmobiliario.

Este es uno de los razonamientos que inspiran esta tesis, no es el único, pero es uno de los más fundamentales. A esta forma de ver el sistema de derechos reales le agregamos el punto de vista del AED vamos a poder obtener algo muy interesante, modernizar la óptica de los derechos reales y actualizarla de acuerdo a las exigencias de las necesidades de las personas, sin llegar a configurar figuras jurídicas que excluyan a la propiedad del mercado, muy por el contrario, insertar más a los bienes al mercado según las demandas del mismo.

³⁵ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*, op. cit., p. 116

Miramos el artículo 544^o del Código Civil Francés y vemos lo siguiente: establece que la Propiedad es el Derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos. Se otorga una libertad general a las personas para poder desenvolverse jurídicamente, no otorga prohibiciones más que la las leyes imperativas. José Luis de los Mozos³⁶ señala que la discusión entre un sistema abierto y uno cerrado, en el derecho francés es tratado con bastante prudencia, dice que no es posible sostener un sistema *numerus clausus* si es que se tiene un concepto razonable del sistema *numerus apertus*. Señala que no existe ninguna norma limitativa a la creación de derechos reales, no se prohíben las modificaciones o descomposiciones del derecho de propiedad, pero se sostiene que se hagan con mucha prudencia y dentro de un contexto que lo justifique.

Podemos apreciar, que no existe limitación alguna para la creación de los derechos reales que se necesiten; creemos nuevamente que, mientras un sistema es más abierto permite más posibilidades a los actores comerciales para poder establecer y crear sus propios derechos reales según sus necesidades o modificar los ya existentes. Así como en Francia, España, en nuestro país también sería la Autonomía Privada el fundamento para tales creaciones, siempre teniendo al orden público y a las normas imperativas como límite.

Nos preguntamos ahora, a nivel de relación personal se puede pactar todo lo que las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres nos permitan? El problema se presenta cuando nuestro acuerdo puede afectar intereses de terceras personas, es allí donde se quiere dar efecto real a nuestro acuerdo, pero no encontramos figura real que adopte nuestro acuerdo personal. Lo que planteamos es que nuestro Código Civil permita la posibilidad de crear o modificar los Derechos Reales ya existentes para que se puedan acomodar a las necesidades de las personas. El tema de la

³⁶ Citado por ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*, op. cit., p. 118

publicidad es meramente registral y eso debería estar acompañado de sus reformas respectivas.

- En Italia rige un sistema de derechos reales *numerus clausus*, este sistema es defendido por una corriente de seguidores de la tradición jurídica que inicia del Derecho romano, por otro lado, existen los seguidores del sistema *numerus apertus*, los cuales dicen que como es posible que en un país donde se privilegia tanto la autonomía privada, se siga manteniendo la tipicidad en los derechos reales de esa manera.

El autor Antonio Román García³⁷ nos dice que el tratamiento de la discusión entre ambos sistemas de derechos reales empieza del concepto mismo de derecho real, haciendo depender de este concepto el criterio de oponibilidad de la relación *erga omnes*. Román García nos dice que después de la publicación del *Codice Civile* de 1865, fuertemente influido por el Código de Napoleón, comienza en Italia una gran polémica sobre el principio de tipicidad de los derechos reales, entre esa polémica resalta Toullier y Demolombe que interpretaban el contenido de lo dispuesto por el Código Civil francés en ese punto. Toullier señala que no deberían existir otros límites a la autonomía privada que las normas imperativas y el orden público; en cambio, Demolombe señalaba que es el propio orden público impedirá la posibilidad de convenciones privadas tendentes a la creación de nuevos tipos de derechos reales.

Con la publicación del Código Civil italiano vigente se revive aquella vieja discusión, pero sigue una fuerte corriente defendiendo la posición clásica del sistema cerrado. Román García³⁸ nos dice: "... esa tendencia a la tipicidad y al mantenimiento de la interpretación de que el sistema italiano es un sistema cerrado, continua actualmente, siendo defendida como un límite impuesto a la autonomía privada desde la propia ley, amparándose tanto en el contenido del artículo 1.357 del Código Civil como en la reserva de la ley impuesta por el artículo 42 de la Constitución italiana en materia de propiedad privada."

³⁷ ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*, op. cit., p. 106

³⁸ *Ibíd.* P. 109

Los defensores del sistema abierto en Italia dicen que no puede ser posible que en un país donde la autonomía de la voluntad es muy defendida se pueda mantener la figura de la tipicidad de los derechos reales, esto sería considerar una fuerte limitación a la autonomía de la voluntad.

- En Argentina, el artículo 2502^o de su Código Civil señala que los derechos reales sólo pueden ser creados por Ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por el Código Civil se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

Como podemos apreciar, en Argentina se maneja un sistema *Numerus Clausus* muy similar al sistema jurídico de nuestro país, con la diferencia clara que cualquier tipo de contrato o cualquier otra disposición se tomará como constitución de derechos personales. A diferencia de lo establecido en nuestro Código Civil, con esa disposición se cierran todas las puertas para que a través de un contrato se puedan constituir derechos reales, si tendríamos esa disposición en nuestro Código Civil tendría que ser derogado parte de ese artículo para poder constituir o modificar algún derecho real vía contrato. Creemos que cerrar las posibilidades para crear o modificar derechos reales vía contrato es muy estricto, más aun si se establece literalmente en la norma. Creemos que la seguridad jurídica es muy importante, que los derechos de los terceros se deben respetar y guardar siempre, pero a la vez creemos que no se debe ser muy estricto al establecer una regla, ya que mientras más estricta sea la regla es más fácil de ser quebrada. Creemos que el Derecho debe estar a disposición de las personas y que a su vez debería ser lo más flexible posible para poder adaptarse a las necesidades de ellas, más aun en un mundo tan globalizado como el que tenemos hoy en día. Quizá el ejemplo no tenga que ver con nuestro tema pero, en el mundo de hoy, los edificios más grandes y fuertes no son los que tienen las columnas más fuertes y rígidas, ya que el primer terremoto los traería abajo, son los edificios que tienen la rigidez en sus columnas y la flexibilidad en las mismas para poder soportar temblores y terremotos;

creemos que lo mismo sucede en el Derecho, no podemos ser tan estrictos en nuestras instituciones jurídicas como los derechos reales, la flexibilidad permitiría un uso quizás más específico y así aprovechar al máximo los recursos.

- En Colombia, el artículo 665º del Código Civil colombiano señala que derecho real es el derecho que tenemos sobre una cosa respecto a una determinada persona indicando que son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, hipoteca y señala que de estos derechos nacen las acciones reales.

Al igual que nuestro sistema jurídico, el sistema jurídico colombiano establece un sistema *numerus clausus* cuando a derechos reales se refiere; sigue la misma metodología que nuestro sistema jurídico, se señala expresamente cuales son los derechos reales y sus garantías, lo que no se encuentre dentro de esa lista taxativa no será considerado como tal.

- De esta misma forma se regula en Chile, el contenido del artículo en el país del sur es exactamente el mismo que el contenido en el Código Civil de Colombia.

Como podemos apreciar, tanto en Chile como en Colombia la regulación sobre los Derechos Reales es muy parecida al Perú, se dicen cuales son los Derechos Reales, no se cierra la posibilidad tan estricta como lo hace el Código Civil Argentino, pero tampoco se deja a la potestad de los particulares su creación.

2 ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.-

El AED es una metodología de interpretación del Derecho que usa como herramienta principal de análisis a la Economía; ésta es una ciencia social que estudia las relaciones sociales que tienen que ver con los procesos de producción, intercambio, distribución y consumo de bienes y servicios, entendidos éstos como medio de satisfacción de necesidades humanas para

efectos de nuestra investigación tomaremos en cuenta la parte final de la definición, la parte de la Economía que se encarga del consumo de bienes y servicios, lo que nos ayudará a ver y analizar la mejor forma de hacerlos para conseguir los mismos resultados al menor costo y con el beneficio más esperado. No olvidemos que los recursos con los que contamos en el mundo cada vez son más escasos y será la Economía una de las ciencias que nos ayude a una mejor distribución y manejo de los mismos.

Para poder llevar a cabo los análisis de eficiencia, es necesario simplificar la realidad, la Lógica será una herramienta que nos ayude en ese aspecto, la estadística también será de mucha ayuda, el uso de proposiciones, ecuaciones, modelos, variables, etc., nos permitirán simplificar la realidad, llevarlos al papel y analizarlos; lo primero que hay que hacer es identificar que variables son las relevantes para nuestro análisis, cuando algo es muy complejo, se puede analizar mejor simplificándolo, lo cual nos permitirá, a través de un análisis costo-beneficio, ver cual de las situaciones estudiadas es más eficiente para nuestros objetivos. Muchas variables pueden ser subjetivas, corresponderá, al analizador, escoger las variables objetivas para hacer su análisis,

Esa forma de reflejar la realidad y esa capacidad de asignar los recursos escasos, en orden a la satisfacción de intereses individuales y colectivos, es lo que llevará al AED a ver “la realidad” de distinta manera, en comparación a lo que se venía haciendo siempre, antes podíamos leer una norma jurídica y ver cual era su consecuencia, ahora, con el AED podemos leer la misma norma y ver que quizás no tenga la consecuencia jurídica que ella misma establece, sino otra diferente, para lo cual vamos a tener que analizar no sólo la norma, sino a las personas para quienes va dirigida también, así como otros factores que desarrollaremos en el presente capítulo.

Algunas personas tienen posiciones en contra del uso de este método para analizar nuestro derecho. Para hacer referencia a algunas raíces históricas del

AED, queremos citar al doctor Escobar,³⁹ quien señala algo muy importante en lo referente a las críticas que se hace al Análisis Económico, nos referimos a la indiferencia que se le adjudica respecto a nuestras propias raíces jurídicas romano-germánicas; con relación a esto, él señala que la esencia del AED no es ajena a la Tradición Romana ni a la Tradición Germánica. Señala que la idea de maximizar el “bienestar social” ha estado presente en el Derecho Romano y en el Derecho Germano así como en otras civilizaciones. El citado autor señala que lamentablemente, los textos romanos que muestran la tendencia práctica de los pretores hacia la maximización del “bienestar social” fueron conscientemente excluidos por la Escuela Pandectista. Se señala que dicha escuela elaboró un sistema conceptual abstracto basado en cierta jurisprudencia romana, la que correspondía a las tendencias políticas y económicas dominantes de la época. El doctor Escobar señala a grandes rasgos que, dichas tendencias privilegiaban la libertad individual, la propiedad privada y la obligatoriedad absoluta del contrato. El Estado, según las tendencias en cuestión, debería básicamente limitarse a proteger la “esfera privada” de los individuos.

De lo que señala el doctor Escobar, podemos apreciar que desde el Derecho Romano se busca tanto el bienestar individual como el social, entonces el uso de un método como el AED no está ajeno a esa realidad, ya que este método puede ser usado para maximizar los recursos de las personas y así conseguir un mejor bienestar social. Se trata de hacer un análisis costo-beneficio y ver que situación es más conveniente que la otra, al final el objetivo será el mismo, buscar la maximización de los recursos escasos con los que contamos, para que de esa manera sea mejor aprovechado

Podemos decir que, no sólo en el Derecho romano existía una marcada tendencia en orientar el sentido de la legislación de una forma determinada, es bien sabido que a lo largo de la historia, muchas personas que llegaban al poder usaban el mismo para tratar de beneficiarse, personalmente o a sus colaboradores, ya sean consolidando su permanencia en el poder u otorgando ciertos beneficios a sus más cercanos. Quisimos hacer esta referencia histórica

³⁹ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *¿Es el Análisis Económico del Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* En: Themis N° 52, Lima, 2006, 342-343

para señalar que, así como los romanos elaboraron un sistema conceptual abstracto basado en cierta jurisprudencia romana, la que correspondía a las tendencias políticas y económicas dominantes de la época, de la misma forma, hay que entender que nuestro sistema jurídico obedece al resultado de procesos coyunturales que marcaron la historia de nuestro país. Tomemos un ejemplo, la Constitución Política del Perú de 1979, nuestro país salía de un régimen militar de muchos años, es coherente pensar que tal Constitución marcaría una fuerte tendencia al respeto de la Democracia y a los derechos fundamentales de la persona. El mismo ejemplo en la Constitución Política del Perú de 1993, obedeció a las necesidades de los que estaban en el poder en su momento.

En un contexto así, nos encontramos ante la herencia legislativa de muchos años, los cuales obedecen a distintas orientaciones y políticas, para lo cual el AED sería de mucha ayuda en interpretar un marco normativo, en ver las consecuencias de tal normatividad en las personas y ver si realmente se puede obtener un beneficio de las mismas. Esto mismo nos señala el Dr. Freddy Escobar⁴⁰ hace una explicación muy corta y muy clara sobre el AED y señala como podría ser de utilidad a la hora de interpretar nuestro derecho positivo, hace tal explicación y lo fundamenta en tres cosas: a) señala que el Derecho positivo no es un cuerpo normativo “coherente” ni “autosuficiente” debido a que su contenido es el resultado sustancialmente amorfo e impreciso del enfrentamiento de fuerzas opuestas en los planos político, económico, social y cultural; b) señala también que el AED representa un mecanismo racional que el operador jurídico puede emplear para superar las contradicciones internas del sistema así como para dotar de contenido a las normas vagamente consensuadas por las fuerzas indicadas; y, c) finalmente señala que el razonamiento que privilegia el valor eficiencia no desconoce la historia del sistema local ni traiciona sus valores.

Quisimos incluir esta cita en nuestro trabajo por varias razones, la principal razón es para reflejar que nuestro sistema jurídico, como ya lo dijimos anteriormente,

⁴⁰ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *¿Es el Análisis Económico del Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* Op. Cit. p. 342

no está creado a la perfección y que por lo tanto no es autosuficiente a la hora de resolver sus problemas, muchas veces se legisla debido a las circunstancias políticas, sociales y económicas del momento, pero no se piensa que lo que se legisla va a tener trascendencia, en los mismos aspectos, en el futuro, pero no sabemos cuáles serán las circunstancias políticas, sociales y económicas de ese momento.

Entonces, el AED se presenta como una buena opción para poder interpretar las normas, indistintamente de la época en la que nos encontremos; para poder contribuir con un método más de interpretación jurídica ante determinadas situaciones; y, finalmente como un método que busca la eficiencia al momento de interpretar las normas. Como lo dijimos antes, la Economía va a facilitar las herramientas al Derecho para poder usar un método de análisis económico e interpretar las instituciones jurídicas de la manera más eficiente ante determinadas circunstancias.

Para contribuir con esto el doctor Alfredo Bullard⁴¹ nos dice también que el AED tiene por objeto final dotar a la sociedad de instituciones jurídicas que permitan satisfacer las inmensas necesidades humanas de la mejor manera posible: "...es indiscutible que el respeto por la vida humana implique que los recursos escasos de los cuales dispone la humanidad para satisfacer sus necesidades no se desperdicien, sino que se asignen a los mejores usos y con la mayor efectividad posible. Así, en la perspectiva de una filosofía plural, teniendo en cuenta que el AED, es más bien una metodología o un conjunto de metodologías, que pueden aplicarse sin importar las opiniones personales de quien las utilice; es por eso que carece de contenido religioso o político, y puede ser aplicado en cualquier contexto..."

Estamos de acuerdo que los recursos escasos deben asignarse de la manera más eficiente posible, debido a que existen mayores necesidades humanas en el mundo, en comparación a los recursos para satisfacerlas. Es muy interesante de

⁴¹ BULLARD G., Alfredo. *Esquizofrenia Jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú*. En: Themis No. 44, Lima, 2002, p. 21

resaltar lo que señala el Doctor Bullard, el AED trata de una metodología que puede aplicarse sin importar las opiniones personales, y también señala su carencia de contenido religioso y político.

Se puede pensar que este método puede ser un poco impersonal, que no le importa si se daña a alguien con tal de obtener beneficios mayores, se puede decir que la moral está de lado en este método y que sus seguidores sólo se obsesionan en privilegiar a los que tienen más. Podemos decir que no es del todo cierto, porque si bien es cierto que el AED busca la eficiencia al máximo, tampoco está en sus principios el hecho de pasar sobre las demás personas para conseguirlo, siempre existirá una forma de compensación que al final el “bienestar social” este en una mejor situación.

Ahora que nos queda claro la definición del método, su aplicación y su relación con la Economía, podemos ver desde cuando esta entre nosotros y en que circunstancias llega a nuestro país.

El Análisis Económico del Derecho es una escuela del pensamiento jurídico, que ha aparecido en los países anglosajones con base en la evolución del pensamiento económico, en especial entre 1930 y 1970. El AED viene siendo tratado en nuestro país recién en la década de los ochenta, centradas básicamente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando de Soto. El trabajo del ILD se basó inicialmente en un análisis de la informalidad en el Perú, para lo cual tuvieron que hacer evaluaciones sobre los costos de transacción, ya que los costos de la legalidad de todo ese mundo informal fue muy amplio, debido a esa informalidad se creó un propio mercado y sus propias reglas para poder superar los costos de transacción que el sistema legal imponía. Esta década de los ochenta marcó toda una época en la historia de la economía peruana, fue un momento muy oportuno para que el AED ingrese a nuestro país, el cual venía sufriendo de una informalidad terrible, donde quizás no se veía la posibilidad de hacer un análisis costo-beneficio de la informalidad y ver que posible solución se hacía para la legalización de la misma.

En el año 2004, el profesor George Priest otorgó una entrevista a la Revista de Derecho Themis, entrevista llamada: “Cuanto más globalización tengamos más importante será el Análisis Económico del Derecho”, en esta entrevista el profesor Priest⁴² señala que el AED en sus inicios soportó muchas críticas, muchas de aquellas fueron dirigidas a Richard Posner. El profesor Priest nos señala que las principales críticas fueron:

- Que el Análisis Económico del Derecho ignoraba la naturaleza del sistema legal;
- La segunda crítica decía que la nueva corriente de análisis fortalecía las desigualdades de poder y riqueza en la sociedad.

El profesor Priest se encarga de decir que ambas críticas se encuentran hoy en día sin fundamento alguno, señala que el AED cuenta con tanto uso y aprobación por los jueces, académicos y legisladores en los Estados Unidos que nadie se atrevería a objetarlo o desecharlo. Con referencia a la segunda crítica que le hacen a Richard Posner señala que fue hecha por una corriente de corte de izquierda, quienes no gustaban de la corriente del AED porque no ayudaba a reducir las desigualdades de poder y riqueza que existía en la sociedad, pero a su vez reconocieron que esta corriente era muy crítica del sistema legal en muchos aspectos.

Nosotros también lo dijimos en el presente capítulo, las críticas más profundas en contra del AED ya han sido superadas y se está usando mucho dicha metodología de interpretación, ya bien lo señalamos, desde la década de los ochenta ya encontramos el uso del AED en nuestro país.

2.1 ASPECTOS FORMALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.-

El AED tiene dos aspectos, un aspecto descriptivo y un aspecto normativo; en su aspecto descriptivo aplica ese método económico para ver cuáles serían los efectos de las normas jurídicas en el comportamiento de las personas; el

⁴² PRIEST, George L. “Cuanto más globalización tengamos más importante será el Análisis Económico del Derecho” En: Themis 49, Lima, 2004, p. 287

otro aspecto que lo conforma es el normativo, el cual se encargara de analizar que normas se pueden preferir sobre otras a la hora de buscar la eficiencia en la aplicación de las mismas.

Podemos decir entonces que el AED es una metodología para tratar de predecir el comportamiento de las personas dentro de un sistema legal; sucede que las personas responden a estímulos, lo que les agrada lo repiten y lo que no lo descartan, a través de estímulos se puede lograr la aceptación de ciertos parámetros en la vida personal de alguien; es de esa manera que el AED trata de investigar y ver cual sería el efecto de las normas en el comportamiento de las personas, de allí se verá si serian eficientes las mismas para el objetivo que se desea lograr. Así mismo, se trata de analizar el sistema legal en si mismo, de tal forma que las leyes que se den generen las consecuencias que se esperan y no otras no deseadas; con este aspecto se desea lograr la efectividad al máximo de las normas, para ello se debe trabajar en concordancia con el aspecto descriptivo también.

Estos aspectos del AED tratan de mejorar la creación de normas, señalando los temas en los que las leyes existentes o propuestas tienen consecuencias no deseadas o no deseables, ya sea respecto de la eficiencia económica o de la distribución del ingreso y de la riqueza u otros valores. Por ejemplo, en USA, el AED ha influido en la reforma legal de una serie de áreas importantes como la regulación antimonopólica, la regulación de los servicios públicos, transporte público, regulación del medio ambiente, cálculos de indemnizaciones en las demandas por daños a la persona, así como la regulación de mercados de valores. Los lineamientos federales para la expedición de sentencias, la división de la propiedad y le cálculo de las pensiones en casos de divorcio, administraciones fiduciarias, etc. En nuestro caso particular, en nuestro país se acaba de regular la Ley de Protección al Consumidor, la pregunta que nos haríamos sería si se hizo un análisis económico de esta ley para ver los posibles efectos que ese cuerpo normativo tendrá en los consumidores y productores, estos últimos también son muy importantes, ver si este cuerpo normativo entra en conflicto con otras normas

y más aún, ver si se entra en conflicto con las leyes naturales del libre mercado, donde es la oferta y la demanda quienes manejan el mercado.

Como podemos ver, el AED es muy importante no sólo para interpretar las normas que ya existen y tratar de buscar la máxima eficiencia de las mismas a la hora de su aplicación; también vemos que es importante a la hora de la creación de normas, debido a que se tiene que analizar el efecto que estas tendrían en las personas y ver si es el efecto adecuado que se busca lograr.

Queremos agregar algo más, el AED no sólo abarca con sus dos aspectos la interpretación de normas y el análisis económico en la creación de las mismas; cuando nos referimos a que el AED trata de describir el efecto que las normas provocan en las personas, no sólo abarca el efecto de las normas, sino también a los efectos de las decisiones judiciales, las cuales van a producir incentivos que modifiquen la conducta no sólo de los afectados, sino de las demás personas, ya sea incentivando o desalentando determinada actividad .

Para finalizar, en el presente subcapítulo estudiamos el efecto de las normas en el comportamiento de las personas, estudiamos también como se debe privilegiar las normas para obtener una mayor eficiencia de las mismas, pero no nos percatamos que el estudio no sólo está en las normas y en sus efectos, sino también en el comportamiento de las personas, las cuales son muy subjetivas al actuar. Por eso podemos decir, la mayor parte del AED consiste en determinar las consecuencias de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales. La racionalidad implica la toma de decisiones, y las personas generalmente tienen que tomar decisiones bajo condiciones de mucha incertidumbre. A continuación vamos a estudiar estos supuestos básicos del AED, que son muy importantes para terminar de entender esta institución; y, finalmente, en el siguiente subcapítulo veremos los costos de transacción, los cuales serán los factores relevantes para poder tomar una decisión razonable y certera.

2.2 SUPUESTOS BÁSICOS PARA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.-

Como dijimos anteriormente, los aspectos descriptivo y normativo del AED se basan en el comportamiento de las personas, por lo tanto, este comportamiento también debe ser importante para de nuestro estudio. En la doctrina del AED se dice muy frecuentemente que todos los presupuestos sobre lo que se analiza, toman como punto de partida el comportamiento de una persona racional, se dice: “un consumidor racional”, “un comprador racional”, un comportamiento racional”, “un vendedor racional”, etc., el cuestionamiento que nos haríamos sería si es que todos actuamos racionalmente en nuestras vidas, ya que el estudio parte de esa premisa, la cual si esta equivocada no va a reflejar lo que es en la realidad. Miremos a continuación lo que nos señala parte de la doctrina del AED.

El doctor Freddy Escobar⁴³ nos señala que las facetas descriptiva y normativa se basan en ciertas premisas:

- Las personas actúan “racionalmente”, tratando de maximizar sus beneficios (tangibles e intangibles); y,
- El “bienestar social” esta determinado por el agregado de los beneficios obtenidos por cada uno de los integrantes de la sociedad.

El AED se basa en esas dos premisas, muchos de sus análisis toman como presupuesto básico el actuar de una persona racional que busca maximizar sus beneficios, para comprender mejor esto deberíamos preguntarnos que se entiende por racionalidad. La racionalidad es una capacidad humana que permite pensar, evaluar y actuar de acuerdo a ciertos principios de optimidad y consistencia, para satisfacer algún objetivo o finalidad. Usando la razón, las personas intentan tomar sus decisiones para conseguir los mayores beneficios, buscando su mejor economía y con las limitaciones de su entorno y de sus capacidades.

⁴³ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *¿Es el Análisis Económico un Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* Op. Cit, p.342

Las personas tienen otras formas para tomar decisiones o idear sus comportamientos donde la racionalidad no parece el principal factor. Estas decisiones o comportamientos, que algunas veces son llamadas como "irracionales", en realidad podemos pensar que se trata de una limitación de sus capacidades o simplemente una imitación a otros comportamientos. Por estas razones pensamos que la educación tiene mucho que ver con la racionalidad, a mayor educación de las personas, tendrán más posibilidades de elegir y de formar sus concepciones.

Uno de los exponentes más destacados del AED, Richard Posner⁴⁴ también toca el tema de la racionalidad de las personas, nos dice que la mayor parte del AED consiste en trazar las consecuencias que se derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales. Nos dice también que la racionalidad implica la toma de decisiones y la gente tiene muchas veces que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre. Esto lo podemos aplicar a ver como son los efectos de la aplicabilidad de las normas en los comportamientos de las personas; definitivamente, como dijimos párrafos atrás, las personas no son nada racionales a la hora de tomar sus decisiones. ,

Definitivamente, cuando hablamos de premisas básicas para entender el AED estamos hablando de dos cosas, de personas racionales y que éstas buscan la maximización de sus beneficios, pero esto no es una regla estricta, pueden existir elementos que distorsionen estas premisas. El Dr. Escobar⁴⁵ nos señala que dichas premisas pueden ser modificadas en función de la evidencia psicológica o sociológica sobre las tendencias conductuales de las personas; o, en función de la opción política que se adopte en torno a la distribución de la riqueza.

⁴⁴ POSNER, Richard A. El movimiento del Análisis Económico del Derecho: desde Betham hasta Becker. *op. cit.*, p. 40

⁴⁵ *Ibíd.*

Al leer esto último que cita el Dr. Escobar, nos pusimos a analizar bien los efectos que tendrían, pero nos dimos cuenta que desde hace párrafos atrás dijimos que el AED debía analizar las normas y ver los efectos de estas en el comportamiento de las personas, pero que sucede, si al analizar y estudiar el estado psicológico y sociológico de las personas, vemos que puede afectar ese comportamiento, entonces nuestro análisis sobre los efectos de las normas sobre el comportamiento de las personas no va a ser muy certero que digamos.

Podemos pensar entonces que el estado psicológico y sociológico de las personas puede afectar un comportamiento; una misma persona puede tener distintos comportamiento ante una misma circunstancia. Un conductor no tendrá el mismo comportamiento durante el día que durante la noche, el reglamento de tránsito no se respeta igual ante esas dos situaciones, por lo tanto las consecuencias no deberían ser las mismas.

Es el AED quien esta llamado investigar y analizar el efecto que las normas tendrán en las personas, ver las distintas consecuencias que pueden provocar, ver que no todos van a reaccionar igual y entender que no todas las personas actúan racionalmente, pero lo que si entendemos es que todos buscan la maximización de sus beneficios económicos, lo que al final se traducirá, sumando todos esos beneficios, en un bienestar social.

2.3 EL CONCEPTO DE EFICIENCIA.-

Por eficiencia podemos entender la capacidad de poder disponer de personas o de cosas con el fin de obtener el efecto deseado. Ahora bien, para efecto de nuestro estudio, la eficiencia puede ser definida de varias maneras en relación al AED. Veamos a continuación algunas de ellas.

Richard Posner⁴⁶ nos señala que muchas personas promueven el análisis económico de la ley y, para tal efecto, emplean algunos criterios de eficiencia como la optimalidad de Pareto, la superioridad de Pareto y la eficiencia de

⁴⁶ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998 Págs. 21-25

Kaldor-Hicks. Se nos dice que estas nociones implican la clasificación de un estado de cosas; por ejemplo: un estado de cosas, P, es superior en términos de Pareto a otro estado, Q, si y sólo si al moverse de P a Q no se deja a ningún individuo peor que antes y se hace que por lo menos una persona mejore. Ahora Kaldor-Hicks desarrollaron la idea de compensación potencial. Un estado de cosas, P, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, Q, si después de moverse de Q a P los ganadores pueden compensar a los perdedores.

Podemos ver que para Pareto existe una condición básica para obtener la eficiencia, que cuando se pasa de un estado de cosas a otro, no se deje a ninguna persona en una situación peor que la anterior; es decir, para Pareto, por lo menos una persona debe mejorar y nadie empeorar para decir que el cambio de estado de cosas fue eficiente.

En comparación con el criterio de Pareto que exige moverse de un estado social a otro que no produzca perdedores, la satisfacción del criterio de Kaldor-Hicks requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores. Puesto que la eficiencia de Kaldor-Hicks nos permite comparar los estados de las cosas que involucran tanto a perdedores como ganadores, dicha noción de eficiencia amplía la clasificación de Pareto.

Este criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks se dice que es más completo que el de Pareto, aquel criterio es más práctico, mientras que el resultado de la actividad otorgue los recursos suficientes para compensar a las personas que puedan salir perjudicadas y aún se obtenga unas ganancias por ello, entonces la actividad es eficiente, los ganadores deberán compensar a los perdedores y así el balance sería positivo.

En base a estos criterios existen muchas críticas al AED, por estas razones dicen que el AED se olvida de la moral, de los valores, de la religión, etc., con tal de obtener su objetivo, que en este caso es la eficiencia. Pero lo que los detractores no se dan cuenta es que la búsqueda de la eficiencia se traduce en el resultado, desde su misma concepción, lo dijimos al inicio, es el

resultado que se busca obtener, por lo tanto, según el criterio de Kaldor-Hicks, al final de todo, no existirán perdedores, las personas que obtengan un mayor beneficio darán una compensación a los perdedores y así estarán en una mejor posición que antes. Esto genera que cada vez existan más personas en mejores condiciones, lo que se traducirá en un incremento del “bienestar social” que vimos en los supuestos básicos del AED.

2.4 LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN.-

Podemos definir un costo de transacción como el costo en que incurrimos para llevar a cabo un intercambio económico, es decir, una transacción en el mercado. Queremos tocar este punto porque uno de los factores para aperturar el sistema cerrado de derechos reales son los “Costos de Transacción”. Al tener un sistema cerrado, es el Estado quien asume los costos de transacción y así hace más eficiente el uso de los derechos reales. Decimos esto porque al tener una lista taxativa de derechos reales, como lo dijimos en el Capítulo I, el Estado busca proteger, principalmente, la libre circulación de los bienes, la libertad de enajenación y la seguridad jurídica en el tráfico de los mismos; y, lo logra a través de una lista cerrada de derechos reales, los cuales son los únicos que se pueden realizar e inscribir en los Registros Públicos, de esa manera se evita que a través de contrataciones privadas se excluyan los bienes del mercado y se burlen a terceros, tanto en sus transacciones como en sus garantías de pago. Decimos entonces, que es el Estado quien asume los costos de transacción, porque si las personas quisieran contratar individualmente, sin la existencia de un Registro y sin una Ley, los costos de transacción serían demasiado altos, serían infinitos quizás, porque tendríamos que contratar con todas la personas con las que estaríamos vinculados, y aún así aparecerían nuevas personas reclamando algún derecho. Es así que, cuando los costos de transacción son demasiados altos, es el Estado quien establece las reglas de Propiedad y así se liberan a las partes de esos costos y se les impone una forma de actuar.

Existe un problema, de acuerdo a las necesidades actuales, el mercado busca utilizar la propiedad en otros usos particulares y no los puede hacer porque se encuentra limitado por un sistema de derechos reales cerrado y al

tratar de hacerlo tendría que celebrar célebres contratos muy pormenorizados para evitar problemas futuros, sin contar con la protección de terceros, lo que hace la transacción menos eficiente por los elevados costos de transacción.

Robert Cooter y Thomas Ulen⁴⁷ señalan que Coase utilizó el término “Costos de Transacción” para incluir todos los impedimentos de la negociación, según esto, la negociación, necesariamente, triunfará cuando los costos de transacción son iguales a cero; esto sería lo ideal, pero todos sabemos que siempre vamos a encontrarnos con costos de transacción, lo ideal y eficiente es que cada vez sean de menor costo.

Los costos de transacción fueron la base de estudio del premio Nobel de Economía Ronald Harry Coase, los cuales se basaron en los siguientes argumentos: ante presencia de determinadas externalidades (que Coase prefiere denominar efectos externos) siempre será posible la consecución de una externalidad óptima (lo cual no implica necesariamente la desaparición total de la misma) y de un máximo nivel de bienestar. Esto se logrará a través de la negociación. Para ello es necesario que los derechos de propiedad de las distintas partes estén bien asignados y puedan defenderse. Otra condición es que el sistema de precios funcione sin costos. En 1960 Ronald Coase propuso una idea llamada “Teorema del Coste Social o Teorema de Coase” que no sólo sirvió para comprender con mayor claridad el problema de los costos externos y sus posibles soluciones, sino que está considerado el origen del moderno Análisis Económico del Derecho y le ha valido la concesión del premio Nóbel de 1991. Para comprenderlo conviene que lo dividamos en dos partes:

- Si las transacciones pueden realizarse sin ningún costo y los derechos de apropiación están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos se producirá una redistribución cuyo resultado será el de máxima eficiencia.

⁴⁷ COOTER, ROBERT. *Derecho y economía*. México, DF.: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 117

- Si las transacciones implican costos que impiden la redistribución de derechos, habrá sólo una asignación inicial de los mismos que permita la máxima eficiencia.

Coase nos señala la existencia de dos supuestos, cuando estamos ante los costos de transacción cero o cuando existen costos de transacción. En el primer caso estamos en el supuesto de la competencia perfecta, donde es el mercado quien establecerá los precios de la oferta y la demanda, acá no existe costos de transacción; en este caso, no hay mayor problema para las transacciones, es el supuesto del mercado perfecto, donde no existen costos de transacción y el resultado de la transacción será de máxima eficiencia.

Por otro lado y ya relacionado a nuestro caso, los costos de transacción que si generen costos altos generará un desincentivo para realizar el intercambio, entonces, como dice Coase, va a necesitar una asignación inicial de derechos y así evitar los costos. Esto es a lo que nos referíamos al inicio del presente subcapítulo, cuando existen costos de transacción altos se dificulta el intercambio, porque tendríamos que contratar con “todo el mundo” para evitar tener problemas más adelante, pero siempre aparecerá una persona reclamando sus derechos que no fueron considerados. Ante estas circunstancias, hace falta una asignación inicial de derechos para evitar estos problemas y que se lleve a cabo la transacción de una forma eficiente. Por ejemplo, una persona es propietaria de una curtiembre y el Estado le permite verter cierta cantidad de líquidos contaminados diarios al río, al estar permitido por el Estado se le está asignando un Derecho para hacerlo y nadie podría reclamar por ello; pero si no contara con tal asignación inicial, el propietario de la curtiembre tendría que contratar con todos los pobladores río abajo para que le permitan contaminar parte del río; eso sería demasiado costoso, si lo llegara a hacer, siempre aparecería alguien reclamando algún derecho por tal daño.

Lo que vamos a ver en nuestro caso de tesis, es si el Estado puede asumir esos costos al legislar la forma de permitir la inscripción de derechos reales. Si no se permitiese esto, las personas tendrían que celebrar contratos

personalísimos para obtener lo que deseen, lo que generaría costos de transacción muy elevados y aun no gozarían de la protección de los registros públicos.

Con respecto a lo anterior, el Dr. Bullard⁴⁸ nos dice que la idea es muy sencilla, celebrar un contrato cuesta; pone el ejemplo de querer comprar una casa, para lo cual hay que identificar primero la casa, quien es su propietario, para eso hay que invertir recursos; luego tengo se tiene que negociar con el vendedor y finalmente contratar un abogado para celebrar un contrato, lo cual también consume recursos. El Dr. Bullard nos dice que el mercado está lleno de transacciones contractuales, lo que nos lleva a pensar que usar el mercado puede ser costoso.

3 ¿ES EFICIENTE EL SISTEMA *NUMERUS CLAUSUS* FRENTE AL SISTEMA *NUMERUS APERTUS* DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?.-

En el presente trabajo de investigación pudimos analizar los Derechos Reales y sus dos sistemas: el *numerus clausus* y el *numerus apertus*; dentro del segundo sistema pudimos ver el papel que ocupa la Autonomía Privada como fundamento principal para la creación de derechos reales según la voluntad de las personas. Así mismo, hicimos el estudio de ambos sistemas en el Derecho comparado, lo que nos ayudo a ver como funciona y regula el sistema abierto de derechos reales en algunos países como España y Francia, para que de esa manera podamos compararlo a nuestro sistema. Luego de esto, pudimos estudiar todo lo concerniente al AED, los aspectos que lo conforman y sus supuestos básicos, así como el concepto de Eficiencia y el papel de los Costos de Transacción al momento de efectuar un análisis económico.

De esta manera, a continuación vamos a ver si es más eficiente tener un sistema cerrado o abierto de derechos reales, para lo cual usaremos como metodología

⁴⁸ BULLARD G., Alfredo. *Estudios de análisis económico del derecho*. Lima: ARA, 1996. p. 126

de comparación el AED, usando principalmente la eficiencia y los costos de transacción como referencia.

La hipótesis de la presente tesis cuestiona la eficiencia entre uno y otro sistema de derechos reales; dicho cuestionamiento surge al cuestionarse si se puede dar un mejor uso a los bienes de las personas. Dijimos que la propiedad era por excelencia la que recogía todos los atributos que los demás derechos reales lo tienen por separado. En este aspecto, parte importante en nuestra investigación es ver si las personas usan sus derechos reales eficientemente, nos referimos principalmente al derecho de uso, derecho de usufructo, derecho real de superficie principalmente, siendo la propiedad el derecho real más completo y el que se mantendría incólume sin importar bajo que sistema estemos.

En el mundo de hoy, todo el mercado se mueve en base a las transacciones, es por ello que los derechos reales sobre bienes cobran mayor importancia. Ahora, todas esas transacciones para llevarse a cabo generan un costo, excepto que estemos en un “mercado perfecto” o “mercado de competencia perfecta” donde el costo de transacción es cero, es cero porque ni los compradores ni las empresas incurren en costos para la transacción de dichos bienes. Esto es importante porque significa que no habría diferencias en la elección de una u otra empresa basado en un costo adicional por adquirir un bien; pero como no estamos en ese supuesto, debemos considerar los costos para llevarse a cabo una transacción. Decimos esto, porque los costos pueden cambiar si estamos frente a un sistema cerrado o abierto de derechos reales. Lo importante es buscar la eficiencia en las transacciones para ahorrar costos y maximizar los beneficios, lo que se traducirá en general en un mayor bienestar social.

Las transacciones se llevan a cabo porque una persona valora un bien más que otra; al ser esto así, las transacciones no se producirán si las partes no esperaran mejorar su estado inicial, es aquí que podemos decir que estamos ante una situación de eficiencia, esto significa, según Posner⁴⁹, que los recursos

⁴⁹ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México DF.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 21-25

transferidos son más valiosos en manos de su nuevo propietario. Veamos un primer ejemplo, estamos ante el caso de una compra-venta entre P y Q, si P quiere vender su casa y lo valora en 100, Q quiere comprar una casa de las mismas características que la casa de P, pero lo valora en 120; cuando las condiciones estén dadas de esta manera, definitivamente se dará la transacción, ya que ambas personas verán colmadas sus expectativas, lo más probable es que el precio de venta final sea 110, con lo cual ambas partes están 10 puntos mejorando sus expectativas.

Ambas partes comparten la diferencia entre sus expectativas, lo que hace más eficiente aun el intercambio. Tengamos presente que estamos hablando de un intercambio voluntario, y que si una persona no esta de acuerdo con el precio que deseo, existirá siempre alguien que lo acepte, es la ley principal de la oferta y la demanda, es el mercado quien establece al final los precios dejando la libertad a las personas para elegir.

Sigamos con el razonamiento, tenemos derechos reales sobre bienes, tenemos la libertad de elegir como realizar nuestras transacciones en el mercado; pero, tenemos también un costo de transacción que pagar por llevarlo a cabo. Ahora bien, lo importante en todo esto es buscar la Eficiencia en nuestras transacciones, de esa manera generamos más riqueza, maximizamos nuestras ganancias y ayudamos a incrementar el bienestar social general.

Veamos otro ejemplo, uno que inspiró los inicios de este trabajo de investigación, fue el caso de un propietario que tenia una casa en un calle comercial, pero con el transcurrir de los años esa misma calle se empezó a llenar de agencias bancarias, todos los bancos se ubicaron en la misma calle y en la misma cuadra; el propietario de la casa seguía viviendo en ella con mucha normalidad hasta que se dio cuenta que el costo de vivir en esa casa era muy alto, el costo de arrendamiento de una casa costaba “x” soles en la misma calle pero a dos cuadras de la suya y, el costo de un arrendamiento de su propia casa estaba valorada en tres o cuatro veces más que un arrendamiento a dos cuadras de la misma; es en ese entonces donde decide aceptar la proposición de uno de los bancos más fuertes del mercado, que por descuido de su gerencia no pudo abrir

una agencia como los demás bancos en la misma calle, por lo tanto tenían intenciones de construir la oficina bancaria más ostentosa de la cuadra, pero el propietario de la casa no quería vender la misma, un arrendamiento con derecho de construcción tampoco le convenía, el usufructo tampoco era de su agrado, un derecho de superficie tampoco colmaba sus expectativas; él quería una figura donde pueda percibir una renta sustanciosa, no otorgar su propio terreno como garantía al “arrendatario” para que obtenga crédito y quedarse con todo el bien luego de algunos años. Eso es lo que se hizo al final, se pactó un arrendamiento con derecho de construcción al banco, se pactó una renta elevada, se pactó que el propietario se quedaría con todo lo construido por la arrendataria luego de los años convenidos y no se otorgó ninguna garantía real con el terreno, esto debido a la solvencia económica del banco arrendatario.

Alguien podría decir que perfectamente se pudo pactar un Derecho de Superficie; no negamos esa posibilidad, pero existe un elemento de la relación a formarse muy importante y trascendente, nos referimos a las partes que constituyen el Derecho de Superficie, si ambas partes son personas jurídicas o instituciones cuyos fines trascienden a la de sus propietarios, perfectamente se puede pactar una superficie con una duración de muchos años; un caso particular podría ser la superficie pactada entre la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con el Centro comercial Plaza San Miguel (CC), donde los fines de la PUCP trascienden a los actuales dirigentes o promotores de la Universidad; al final, sin importar la cantidad de años que se ocupe el terreno dado en superficie, los beneficios retornarían a la institución como tal; lo que no ocurre si es que el propietario del suelo es una persona natural, donde la naturaleza de la propiedad es brindar frutos a su propietario y generar riquezas que mejoren su estado actual. Lo mismo ocurre con el Derecho real de Usufructo, donde por su naturaleza misma se tiene la expectativa de retomar el control completo de la propiedad y seguir explotándolo.

Es un poco extenso el ejemplo, pero nos es muy importante ponerlo, en el caso expuesto, el arrendatario era un banco y no tenía problemas económicos para construir, pero si la arrendataria hubiera sido un particular, lo más probable es que hubiera necesitado un financiamiento bancario para poder construir, lo cual hubiera requerido de garantías reales, con lo cual el propietario no hubiera

estado de acuerdo en otorgarlas lo que no ocurrió en el caso del Derecho de Superficie entre la PUCP y el CC.

El otro factor que se presentaba era los materiales de construcción y la calidad de la misma; hoy en día sabemos que muchas de las construcciones se hace con materiales pre-armados, lo que nos llevaba a pensar que la fábrica que se construiría podría ser desarmado y retirado luego del periodo de años pactados, lo cual dejaría en malas condiciones al propietario.

Finalmente, un último punto de vista era el fin para lo cual se iba a construir el bien en cuestión, se pensaba instalar una bóveda inmensa en el banco y toda la fábrica se iba a construir para tal fin, lo que hacía pensar que al final del periodo pactado sólo se podría usar el bien para oficina bancaria. Es así que llegamos a notar que ningún derecho real que recoge nuestro Código Civil encajaba en las necesidades muy particulares entre ambos contratantes.

Si seguimos con el razonamiento que estamos haciendo, podemos ver que el propietario busca obtener el máximo de ganancias por su bien, para ello tiene que ser muy eficiente al momento de contratar, para lo cual los costos de transacción juegan un papel muy importante. Veamos, al no haber un derecho real que satisfaga las necesidades de ambas partes acudieron a un estudio de abogados para elaborar un contrato el cual recoja todas las necesidades de ambas partes, lo cual genero altos costos debido a que ningún derecho real que contempla nuestro Código Civil se ajustaba a las necesidades requeridas. Lo mismo pasaría si es que no existiese en el Código Civil una parte de Contratos Parte General y otra de Contratos Típicos, si no existiese una Parte General, las personas al momento de contratar tendrían que acudir a los abogados para que redacten los contratos detalladamente, ponerse en todas las posibles situaciones y tratar de no dejar nada sin prever, lo cual generaría que los costos de celebrar un contrato se elevasen; no sucede esto porque uno puede celebrar un contrato cualquiera y lo que no esté estipulado en el mismo se regularía supletoriamente por el Código Civil en lo concerniente a los Contratos Parte General. Creemos que los costos de celebrar “derechos reales” no estipulados actualmente en el Código Civil serían completamente factibles, pero no como un derecho real, sino

a través de un contrato, el cual tendría que ser elaborado detalladamente de acuerdo a las necesidades de las partes, lo que generaría un incremento de costos; lo que no ocurriría si es que tendríamos en el Código Civil “Derechos Reales - Parte General”, esto nos facilitaría la creación de derechos reales al igual que nos facilita la creación de contratos.

Podemos intentar esbozar el contenido de esa “Parte General” de los Derechos Reales:

- Se podría empezar intentando dar una definición de Derechos Reales.
- Otro punto importante serían los sujetos que pueden crear, modificar o extinguir un derecho real.
- Sobre que bienes recae los Derechos Reales
- El Contenido de los Derechos Reales.
- Los límites y alcances para la elaboración de los Derechos Reales, creemos que la Ley, el Orden Público y las Buenas Costumbres serían los límites más importantes, así como también la necesidad que recaigan sobre bienes inscribibles en los registros públicos.
- Distintas Cláusulas que podrían ser necesarias para salvaguardar la integridad y naturaleza de los derechos reales.

De esta forma creemos que la creación de derechos reales se vería facilitada en su elaboración contractual debido a que ya se contaría con los Principios Generales para su elaboración.

En el último ejemplo, el objetivo de los contratantes se logro, el banco pudo construir lo que quería, pero los costos de transacción se elevaron, contratar no es nada barato, más aun si se tienen que elaborar todas las cláusulas del contrato en forma detallada. En el caso particular no existieron problemas porque la contraparte del propietario era un banco, se pudieron asumir los costos, pero si hubieran sido particulares, la figura no se hubiera llevado a cabo.

Pensamos que la casuística podría ser muy amplia, que se podría pactar muchas cosas en un contrato para evitar los problemas futuros, que un contrato muy detallado ahorraría problemas. Pero, lo que no todos sabemos es que el costo de información es uno de los costos más altos a la hora de contratar; para hacerlo se necesita tener toda la información requerida, para lo cual se acude a diversos medios para obtener toda la información y contratar bien, uno de esos costos es la publicidad registral, si no existiera la misma no habría forma de saber con quien estamos contratando y si lo que dice de sus bienes y derechos es cierto. Un caso particular es el arrendamiento, sin ser un derecho real se inscribe en registros públicos y se le otorga protección erga omnes.

Por ejemplo, si P celebra un contrato de arrendamiento con Q sobre una tienda comercial y ambos inscriben el arrendamiento en los registros públicos, el derecho se verá protegido contra terceros, sin ser considerado un derecho real. Ahora bien, Q podría vender el local a R, pero por la inscripción registral; éste está obligado a respetar el contrato celebrado entre P y Q hasta el término del mismo, quizás pague menos por el local por esa condición. Analicemos, al estar inscrito el arrendamiento, R sabía que la existencia del mismo, aun así lo compró; pero que hubiera sucedido si el arrendamiento no estaba inscrito, R se hubiera llevado la sorpresa de la existencia de un arrendatario en su local, para lo cual hubiera tenido que gastar dinero adicional para iniciar un proceso de desalojo contra el arrendatario.

Usemos este ejemplo para ver como es posible inscribir un contrato en los registros públicos y otorgarle la protección erga omnes que se le da sólo a los derechos reales. En primer lugar, el contrato de arrendamiento recae sobre un bien, lo mismo ocurre cuando se habla de derechos reales, debe recaer necesariamente sobre bienes; en segundo lugar, el arrendamiento se celebra sobre un bien inscribible, de igual forma ocurre en los derechos reales; en tercer lugar, para poder inscribir el arrendamiento hay que elevar el contrato a escritura pública, la misma formalidad que se exige a los derechos reales; finalmente, se hace la inscripción registral con el fin de hacer público un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble registrado con la finalidad de hacerlo conocer a todo el mundo, para que de esa forma se respete su contrato por

terceras personas; esto último es el fundamento de la publicidad de los derechos reales en nuestro país.

Entonces, vemos que en el caso del arrendamiento, un contrato personal puede producir los mismos efectos que un contrato real sin llegar a serlo. ¿Que sucedería si el legislador no hubiera incorporado la inscripción registral de los contratos de arrendamiento? El panorama sería distinto; para las personas que alquilan sus departamentos o pequeñas viviendas no sería relevante, pero para las personas que alquilan sus locales comerciales o grandes infraestructuras a costos altos si sería un serio inconveniente, no tendrían la seguridad de permanecer tranquilos en los locales arrendados, ya que cualquier momento el propietario del bien podría venderlo y el nuevo propietario no estaría en la obligación de respetar dicho arrendamiento. Entonces, si no existiera los efectos reales para el arrendamiento, los costos para poder hacer respetar un arrendamiento sería muy costoso, quizás tendríamos que publicar en algún medio de comunicación masivo que estamos arrendando determinado bien para evitar que alguien compre el bien arrendado y se ampare en la buena fe de conocer que ya estaba arrendado; quizás tendríamos que mandar a poner un cartel inmenso en el local donde diga que esta arrendado por determinado tiempo, lo cual no sería nada recomendable para efectos de marketing de la empresa que arrienda el local; en fin, no existiría la tranquilidad necesaria para poder desarrollar la actividad económica que se requiere con la seguridad de no ser desalojados en cualquier momento.

De esta forma, el legislador vio por conveniente otorgar la protección que se le da a un derecho real, a través de los Registros Públicos, a un contrato personal y, de esa manera, evitarse todos esos posibles inconvenientes que podrían desalentar la actividad económica de arrendar un bien. Con esto podemos corroborar que es completamente factible para el legislador otorgar la protección real a un contrato personal con el único objetivo de alentar la actividad económica de determinado sector. Podemos ver que los costos de transacción son diversos y que los registros públicos juegan un papel muy importante a la hora de contratar, nos muestran la información que, por nosotros mismos,

incurriríamos en demasiados gastos para obtener y proteger, lo cual ya no sería eficiente a la hora de realizar las transacciones.

Las personas buscan contratar sobre bienes de la forma más eficiente, una de ellas es la propiedad por tiempo compartido. No es una propiedad con todos sus atributos, no es una copropiedad simple, no es un derecho de posesión inmediato ni mediato, tampoco es un derecho de uso común. La propiedad por tiempo compartido es un sistema por el que se obtiene un derecho sobre una vivienda (departamentos, cuartos, etc.) por un tiempo determinado, el resto del tiempo serán otros los que tendrán el derecho de usarlo. En definitiva es una nueva modalidad de alojamiento que consiste en comprar durante un espacio determinado el uso de una vivienda. Ahora, existen negocios que se dedican a brindar esta infraestructura turística (hoteles, resorts, etc.) donde uno compra un cuarto del hotel y eso te da el derecho de usarlo por determinado tiempo; pero también existe otra opción, donde un grupo de personas se juntan para comprar una propiedad y usarlo en determinados momentos del año; hasta este momento se podría decir que es una simple copropiedad, la diferencia radica en la posesión y el uso del bien. Por ejemplo, varios amigos deciden comprar una casa de playa, para lo cual juntan su dinero y compran la casa; hasta este momento serían copropietarios. Luego, estos amigos deciden dividirse el uso de la casa por semanas en el verano; hasta este momento ya se está estableciendo un derecho de uso, de posesión y hasta de usufructo podría ser. Además, deciden otorgar derechos de uso y posesión a otras personas durante el invierno en determinadas semanas. El objetivo de los amigos es comprar un casa para usarla en determinada semana del verano, que este a su disposición en esos días, las demás semanas otros serán los propietarios.

Como podemos ver, esta figura tampoco sería considerada un derecho real, no se podría inscribir en los registros fácilmente. Este ejemplo nos ayuda a ver, tal como el arrendamiento, que existen figuras económicas que uno puede darle a un bien usando los propios derechos reales, modificándolos o haciendo un derecho real nuevo.

Somos conscientes al pensar que la eficiencia del sistema *Numerus Apertus* que planteamos en nuestra tesis no está referida a la apertura total del sistema de derechos reales, esta referida por oposición a un sistema cerrado de derechos reales que no permite la creación o modificación de derechos reales. El sistema de derechos reales abierto sería la posibilidad de poder crear o modificar derechos reales de acuerdo a nuestras necesidades. El caso visto del arrendamiento, sino fuera inscribible, sino contara con la protección registral, el arrendamiento sería un perfecto ejemplo de la necesidad de apertura del sistema cerrado de derechos reales. Así como el arrendamiento, cada día existen más figuras que se crean con la necesidad de explotar mejor los bienes y obtener el máximo provecho para sus propietarios y reducir sus costos de transacción.

Señalamos ya, en un capítulo anterior, que “los costos de transacción de la teoría de Coase⁵⁰ no es tan compleja, si los costos de transacción son igual a cero, las negociaciones siempre nos llevarían a maximizar nuestros recursos; esa es la forma como asume la teoría económica estándar. Pero en la práctica los costos de transacción siempre están presentes y van a depender, primordialmente, de los costos de información; lo cual, sumado a los demás costos nos ayudará a ver la eficiencia entre uno otro sistema de derechos reales.

Robert Cooter y Thomas Ulen⁵¹ nos dicen que cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad. Pero en nuestro caso, de los ejemplos expuestos anteriormente, los costos de transacción no son nulos, muy por el contrario, existen costos de transacción altos que hacen muy dificultosa la tarea de explotar los bienes, por parte de las personas, de la manera más eficiente posible, si el Código Civil no se lo permite, me refiero a los derechos reales allí expuestos, las personas tendrán que buscar la forma de explotar su propiedad de la forma más eficiente y quizás para ello tendrán que celebrar contratos muy especializados para explotar sus bienes y salvaguardar sus derechos, eso sin mencionar los derechos de terceros.

⁵⁰ COASE, Ronald H. *El Análisis Económico en Chicago*. En: Themis N° 44, Lima, 2002. p. 15

⁵¹ COOTER, Robert. *Derecho y economía*. México DF.: Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 116-118

Podemos ver que tenemos dos supuestos en lo referente a los costos de transacción; por un lado con costos de transacción nulos y por otro lado con costos de transacción, ya sean elevados o no. Ahora, cuando no existen costos de transacción, es más fácil y práctico que entre los propios particulares lleven a acabo su negociación y lleguen a un acuerdo. Por otro lado, si los costos de transacción son elevados, es el Estado el llamado a asignar los derechos de propiedad para que de esa manera se pueda contratar a un menor costo. Por ejemplo, en el supuesto que no este normado con anterioridad, si nosotros deseáramos construir una casa de tres pisos en un terreno que tenemos en una playa al sur de Lima, tendríamos que pedir permiso a todos los propietarios que tienen su casa detrás de la nuestra para no tapar su vista al mar, quizás uno de ellos se oponga y se entramparía la negociación, para conversar con cada uno de ellos se toma un tiempo, existe un costo de abogado, quizás invitar a cenar para conversar, etc.; pero, si existiera una normatividad municipal previa, los costos de transacción se reducen significativamente, el propietario del terreno sólo tendría que ir a la municipalidad y solicitar un Certificado de Parámetros, a un costo de S/. 32 Nuevos Soles aproximadamente y saber si puede o no construir en la zona sin necesidad de pedir permiso a nadie.

A esto nos referíamos cuando decíamos que cuando la negociación es muy difícil debido a los costos de transacción, será el Estado quien asigne mejor los derechos de propiedad y así reducir o eliminar los costos. Robert Cooter y Thomas Ulen⁵² dicen que cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad. Para Cooter y Ulen, todos los problemas de la sociedad se resolverían a través de la asignación de derechos, ya sea de propiedad o de responsabilidad. En el ejemplo visto de la construcción de la casa de playa, en el supuesto que no exista normatividad municipal para construir, es más eficiente que el Estado regule el derecho de propiedad de las personas que quieren construir, de no ser así, si las personas contaran con el derecho de propiedad de tener su vista de la

⁵² *Ibíd.* pp. 118-119

playa, la persona en nuestro ejemplo tendría que negociar casa por casa, lo cual, ya dijimos, sería muy costoso.

En nuestro análisis particular, en los ejemplos previstos, son las personas quienes buscan ayuda profesional especializada para poder contratar debido a que la regulación de derechos reales que se encuentra regulada en el Código Civil no les permite contratar de la forma en que desean. Lo que decíamos, la regulación del Código Civil nos permite usar las formas ya estipuladas en él sin mayor problema, pero sino conseguimos lo que necesitamos, tenemos que recurrir a la contratación individual y detallada de lo que queremos, lo cual genera mayores costos y hace menos eficiente la transacción.

Definitivamente, el Estado está en la mejor capacidad de asumir esos costos para lograr un beneficio mayor en sus administrados, pero si vamos a trasladar esos costos a cada uno de los particulares al momento de sus contrataciones, lo único que vamos a lograr es desincentivar el desarrollo de las mismas sobre determinadas actividades. Por ejemplo, el Código Civil recoge una parte general para los contratos en general y otra para los contratos nominados, que sucedería si no existiera esa parte general para los contratos en general? Creemos que se tendría que recurrir siempre a los abogados para que elaboren los contratos en forma individual y con cada detalle que las personas y los abogados crean convenientes, lo que incrementaría enormemente los costos de celebrar un contrato que no sea nominado. Es por eso que el Estado se tomó el trabajo de poner reglas generales de contratación, asumió el costo de su elaboración en su momento, pero aligeró el tema de las personas que desean contratar en forma particular de algún tipo de contrato que no sea nominado. Creemos que de esa misma forma se puede legislar para el tema de los derechos reales, una parte para los derechos reales en general y un parte para los derechos reales que ya tenemos, de esa forma disminuiríamos los costos de transacción y haríamos que las operaciones se realicen por más personas de las que pueden pagar un contrato realizado según las necesidades particulares de cada uno, de esa manera haríamos operaciones más eficientes.

Continuemos con nuestro análisis, sabemos que en el Perú existe un sector muy grande de la población que tiene activos pero que no los insertan en el mercado, por lo tanto son activos muertos. Muchas son las razones para ese efecto, tendríamos que citar a Hernando de Soto, en El Misterio del Capital, para poder comprender tales efectos; pero lo que nos corresponde a nuestra investigación es el tema de los costos, si el Estado puede ayudar a disminuir esos costos de información y transacción, definitivamente sería un incentivo para las personas insertar sus bienes al sistema económico para poder obtener financiamientos y producir riquezas, con lo cual se obtiene un bienestar general que es uno de los objetivos del AED.

Veamos el Derecho Real de Usufructo, este derecho viene siendo usado por empresas que tenían toda la solvencia económica para contratar un estudio de abogados y mandar a hacer contratos a costa de honorarios profesionales elevados; si estamos hablando de grandes transacciones, los costos no serían elevados, pero si estamos hablando de un terreno de 200 metros cuadrados, de un ciudadano llamado “de a pie”, ya la situación no es la misma, los costos, en relación a la operación final, ya se verán incrementados y por lo tanto se generara un desincentivo para llevar a cabo la operación. Si tuviéramos una legislación que regule los derechos reales “Parte General” y otra que regule los derechos reales “nominados” nos ayudaría mucho al momento de contratar, igual como sucede para los Contratos, el Código Civil regiría supletoriamente en lo que no se tome en cuenta al contratar, no haría falta mandar a elaborar contratos específicos de acuerdo a nuestras necesidades y poniéndonos en todos los supuestos inimaginables, lo cual generaría un mayor costo de asesoría jurídica.

Recordando un poco lo tratado en el primer capítulo sobre esta tipicidad de los derechos reales, dijimos que, es de vital importancia contar con la Tipicidad tanto en un sistema cerrado de derechos reales como en un sistema abierto, ya que nos daría las pautas de cómo se deberían regular los derechos reales, si pretendemos modificarlos para nuestro mejor uso, es decir, nos daría las reglas generales de creación o modificación de derechos reales.

Una cuestión muy debatida por los civilistas es la posibilidad o no de admitir, en un determinado ordenamiento jurídico, más derechos reales que los expresamente regulados por la ley. Por lo tanto los dos sistemas existentes son los conocidos como el sistema limitado (*numerus clausus*) y el ilimitado o (*numerus apertus*) que es el que si permite la creación de otros derechos reales que los expresamente regulados en su propia legislación.

Nuestro sistema jurídico sigue la Tradición y criterio del Derecho Romano, en virtud de que no permite más derechos reales que los previamente establecidos y regulados de manera clara y precisa en nuestra legislación, este sistema nos parece acertado ya que no permite crear situaciones jurídicas peligrosas por su oscuridad e indefinición, evitando así caer en contradicciones o confusiones con los derechos personales; pero, no creemos que este sistema satisfaga todas la necesidades de las personas de manera clara y segura, porque siempre existirán nuevos intereses de acuerdo a las necesidades de las personas que necesitaran ser cubiertas por el Derecho, para el cual creemos que deberá estar preparado. Una de las puertas para ello es tener la posibilidad abierta o semi abierta de poder adecuar un derecho real según mis necesidades

El doctor Francisco Avendaño⁵³ señala que: “limitar los derechos reales a los establecidos en la ley, como lo hace el Código Civil, resulta absurdo en un sistema que otorga oponibilidad absoluta a determinados derechos personales como el arrendamiento”.

El autor señala que la oponibilidad absoluta debe existir en todo derecho que recaiga sobre bienes, independientemente de que sea calificado como Real o Personal. De ese carácter «erga omnes», surge la necesidad que los derechos sobre bienes se publiciten.

Es aquí donde los Registros Públicos juegan un papel muy importante, decimos esto porque para que nosotros podamos exigir que todo el mundo respeten nuestros bienes tienen que estar en aptitud de conocer que son nuestros. El

⁵³ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del “Numerus Clausus” en los Derechos Reales*, op. cit., pp. 99 y ss

doctor Francisco Avendaño⁵⁴ nos dice que si ubicamos el tema de la oponibilidad absoluta en todo derecho sobre bienes, la discusión «*numerus clausus*» versus «*numerus apertus*» se vuelve intrascendente; lo que debe interesar solamente es que los derechos sobre bienes se publiciten, para que de esta forma puedan ser oponibles de manera absoluta.

Podemos entender lo anterior de la siguiente manera, es necesario solamente que se de publicidad a todo derecho que recaiga sobre bienes, con eso sería suficiente para que sean oponibles “*erga omnes*”. Ahora bien, suena lindo decir que con sólo la publicidad se arreglo el problema, no es así de fácil; la publicidad de los bienes dependerá de la naturaleza de los mismos, si se trata de bienes incorporados en algún registro, la publicidad se logrará con la inscripción del derecho en el registro correspondiente; si los bienes no están registrados, se acreditará con su posesión. En ambos casos los terceros conocerán la existencia del derecho y por lo tanto la publicidad se hará efectiva, con lo cual se podría decir que se estaría salvando el problema de la oponibilidad de los derechos reales que se pretendieran crear o modificar.

Los autores Henry Hansmann and Reinier Kraakman⁵⁵ señalan, con respecto a la forma de publicitar los derechos reales, los siguientes razonamientos; si los costos de publicidad no superan a los beneficios de los contratantes es eficiente la contratación y por lo tanto la “*división de la propiedad*”, en cambio si los costos fueran más elevados que los beneficios definitivamente no se alentaría el desarrollo de tales divisiones de la propiedad.

Como señalan los autores Henry Hansmann and Reinier Kraakman⁵⁶ las contrataciones particulares no son ningún problema, a nivel de contratos todo se puede realizar, mientras tanto, esto sólo funcionará para las personas que han intervenido, pero no puede ser oponible para terceros. Ellos señalan que el tratamiento es distinto en las distintas jurisdicciones de su país, pero el tema

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ HANSMANN, Henry and KRAAKMAN, Reinier. *Property, Contract, And Verification: The numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*. P. 3 y ss.

⁵⁶ *Ibid.* op. cit. pp. 5 y ss

central se basa en la oponibilidad de ese derecho, y la forma más segura de hacerlo es a través de los Registros, lo cual puede generar un costo mayor a la actividad misma.

El tema de cómo llevar a cabo la publicidad, como lo dijimos al inicio de este trabajo, es algo muy particular y complicado que escapa al ámbito de análisis de este trabajo de investigación, nos referimos a la implementación de la misma, pero no es ajeno tampoco, porque lo concerniente a los costos de la misma si están inmersos en nuestro análisis. Creemos que la publicidad debe estar sujeta a la clasificación de bienes con el que contamos, ya sean muebles o inmuebles o si son registrables o no. El tema central es que se obtenga el registro de los bienes para poder obtener de esa manera su publicidad, el detalle se complica cuando buscamos las formas para hacerlo, al tener un sistema abierto las formas se abrirían también, es en esos momentos donde el problema ya no sería jurídico sino de calificación registral. Ahora, el hecho que sea un sistema abierto no quiere decir que las personas van a crear los derechos reales que deseen sin ningún tipo de limitación, siempre se tendrá que respetar las normas imperativas y los principios generales que se establezcan, creemos que de la misma forma como existen reglas generales para los contratos, de la misma forma pueden existir los lineamientos generales para los Derechos Reales.

El doctor Francisco Avendaño⁵⁷ llega a cuestionar la aplicación del sistema «*numerus clausus*» a los derechos reales, adoptado por el Código Civil, estima que el Código debería reconocer la libertad de las personas para imponer a sus bienes los Derechos que deseen, siempre que lo hagan dentro de determinados límites. Debe tenerse en cuenta que son los particulares y no el Estado, quienes soportan y se benefician de los derechos sobre sus bienes. Por tanto, deben ser ellos quienes cuenten con la facultad y libertad para crear o modificar los derechos que van a recaer sobre sus bienes.

⁵⁷ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del "Numerus Clausus" en los Derechos Reales*, op. cit., pp. 99 y ss.

Ya lo mencionamos, mientras se pueda legislar de manera eficiente, tal como esta legislado lo referente a los contratos, pensamos que se puede lograr el objetivo de brindar a las personas las herramientas necesarias para poder modificar algún derecho real, como el usufructo por ejemplo, para que de esa manera dar un manejo adecuado de los bienes y lograr el beneficio particular que cada uno desee lograr. Pensamos que el beneficio que las personas puedan obtener de sus bienes se verá incrementado en la medida que tengan las posibilidades, ya estipuladas previamente, de contratar y destinar los mismos a las finalidades particulares que se presenten en el mercado.

El AED nos señala que si luego de hacer un análisis costo-beneficio el resultado nos arroja que es más beneficioso crear nuestros propios derechos reales y, que los costos para crearlos o implementarlos no supera a los beneficios obtenidos, se puede implementar eficientemente. Creemos, de la misma forma como señala el doctor Avendaño, que son los particulares y no el Estado los llamados a soportar y beneficiarse con sus bienes, si luego de ese estudio los particulares ven que les es muy rentable poder crear actos jurídicos específicos sobre sus bienes, no vemos impedimento alguno para que ello se lleve a cabo.

Continuando con nuestro análisis de eficiencia entre ambos sistemas de derechos reales veamos ahora otro ejemplo; dos personas, P y Q, deciden firmar un contrato de superficie, donde P es el propietario del suelo y Q el superficiario. Este último construyó un edificación en el sobre suelo, la cual contaba con zonas de propiedad común y zonas de propiedad exclusiva, nosotros la podríamos llamar “propiedad horizontal superficiaria”, al momento de la inscripción se generaron problemas, lo cual terminó con un pronunciamiento del Tribunal Registral de Lima⁵⁸; se opinó que la propiedad horizontal superficiaria era válida aun tratándose de un derecho real “atípico”, por cuanto el Derecho debe amparar las necesidades de la actividad de la construcción.

Podemos apreciar una vez más que tener un sistema de derechos reales cerrado no deja muchas posibilidades para cubrir las necesidades de las personas.

⁵⁸ Resolución del Tribunal Registral de Lima N° 146-99-ORLC/TR 11.06.99

Podemos ver que la resolución del Tribunal Registral esta reconociendo un derecho real atípico porque el Código Civil reconoce determinadas formas de derechos reales y nada más, si alguna figura no encaja exactamente como dice el Código no se podría inscribir en los Registros Públicos. Particularmente, creemos que se trata de solamente de interpretación. El Código Civil permite separar la propiedad del suelo de la propiedad de la construcción, no establece más detalles, por lo tanto se podría interpretar “propiedad” como propiedad exclusiva o propiedad común. Entonces, perfectamente tendríamos un derecho de superficie en el cual, el superficiario construye una fabrica que contiene una propiedad horizontal.

En este caso, los registros pusieron trabas para la inscripción de una propiedad horizontal superficiaria, lo que genero un procedimiento ante el Tribunal Registral, la contratación de abogados especialistas en la materia y demás costos procesales. Definitivamente llegamos a la misma conclusión, los costos de transacción elevados no son nada eficientes, la apertura del sistema de derechos reales sería una probabilidad para permitir la inscripción de derechos reales más acorde a las necesidades de las personas, sin dejar de lado los atributos básicos de todo derecho real para no desnaturalizar el derecho.

Para continuar nuestro análisis y antes de llegar a una conclusión más cercana a la realidad sobre la eficiencia de un sistema frente al otro, debemos analizar las posiciones a favor y las posiciones en contra de ambos sistemas, para que de esa manera tengamos un panorama más claro y concreto

Dejaremos la respuesta final a la pregunta planteada en el título de este capítulo para el final del mismo, antes queremos resaltar algunas posiciones a favor y en contra de ambos sistemas. No somos economistas, pero creemos que con fundamentos jurídicos podemos ver los costos y beneficios que podrían brindarnos cada sistema y de esa manera poder resolver nuestra tesis. Luego de haber desarrollado la presente tesis, llegamos al punto neurálgico de la misma, creemos que son sólo tres puntos sobre lo cual debe incidir nuestra comparación: la oponibilidad, los costos y la autonomía privada. A lo largo de los capítulos anteriores pudimos ver que sobre estos tres temas gira la importancia de tener

un sistema abierto o cerrado de derechos reales. No olvidemos que nuestro análisis tiene como objeto de comparación dos sistemas de derechos reales, uno abierto y otro cerrado, no pretendemos comparar cada derecho real, sólo la eficiencia entre uno abierto y otro cerrado, lo cual nos lleva a las siguientes posiciones:

3.1 SISTEMA ABIERTO O SISTEMA CERRADO DE DERECHOS REALES: POSICIONES A FAVOR Y POSICIONES EN CONTRA.

Después de haber desarrollado esta tesis, con todo lo disponible a nuestro alcance, jurídicamente encontramos tres puntos muy importantes para nuestro análisis: la oponibilidad, los costos de transacción y la autonomía privada.

Técnicamente tenemos un problema más doctrinal que matemático (costos), creemos que el principal problema se encuentra en la postura de defender el sistema *numerus clausus* sobre el sistema *numerus apertus*. Tal como lo señalamos en el primer capítulo, la postura de defender un sistema cerrado de derechos reales es para la protección de la propiedad, derecho real por excelencia, que busca mantenerla siempre en circulación, para facilitar el tráfico jurídico y económico, propiedad que es fuente de riqueza y de bienestar social. Un sistema cerrado que busca evitar un regreso a los tratamientos de la propiedad vinculada que rigió el mundo en la época feudal, donde se excluía a la propiedad del mundo económico y afectaba al desarrollo de una sociedad. Todo esto frente a un sistema abierto de derechos reales, el cual sólo pretende que se otorgue las facilidades legales para poder contratar, crear y modificar derechos reales ya existentes de acuerdo a sus necesidades y según el mercado inmobiliario lo requiera; en ningún momento pensamos que se pretenda plantear un sistema abierto para retroceder a la época feudal y excluir a la propiedad de una libre circulación, por el contrario, pensamos que sería para insertarlo más en el tráfico económico que una sociedad, en creciente desarrollo, demanda.

Finalmente, decimos que nuestro problema es más doctrinal que matemático porque no se requieren mayores costos para permitir la libertad de creación y modificación de derechos reales, la base legal de los derechos reales ya están regulados en el Código Civil, el Régimen de la Propiedad y sus objetivos ya están regulados en la Constitución Política de 1993; sólo haría falta adecuar el

articulado en el Código Civil que permita tales cambios, costos que no serían mayores para el Estado.

Muchas situaciones pueden ser usadas para hacer un análisis costo-beneficio, se pueden usar premisas, variables y simplificar la realidad en ecuaciones complejas para determinar la eficiencia entre dos situaciones; en nuestro caso particular, no comparamos cada derecho real entre los dos sistemas –*numerus clausus* y *numerus apertus*- lo que hicimos es comparar los dos sistemas de derechos reales que rige en el mundo, uno abierto y otro cerrado.

Muchas situaciones legales o no legales se pueden simplificar para hacer un análisis costo-beneficio, como lo escribió el doctor Alfredo Bullard, hasta el hecho de tener una enamorada se podría analizar a través del análisis económico, pero en nuestro caso particular llegamos a la conclusión que las diferencias principales entre uno y otro sistema de derechos reales es más doctrinal que económico.

Veamos a continuación los puntos más resaltantes que encontramos al comparar ambas figuras a lo largo de esta tesis, viendo las posiciones a favor y en contra de las mismas dilucidaremos cual de ellas sería la mejor:

- La OPONIBILIDAD es uno de los factores que ambos sistemas tienen muy en cuenta. El doctor Francisco Avendaño⁵⁹ señala que la oponibilidad absoluta debe existir en todo derecho que recaiga sobre bienes, independientemente de que sea calificado como real o personal. De ese carácter «erga omnes», surge la necesidad que los derechos sobre bienes se publiciten.

Es aquí donde los Registros Públicos juegan un papel muy importante, decimos esto porque para que nosotros podamos exigir que todo el mundo respete nuestros bienes tienen que estar en aptitud de conocer que son nuestros. El doctor Francisco Avendaño⁶⁰ nos dice que si ubicamos el tema

⁵⁹ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del “Numerus Clausus” en los Derechos Reales*, op. cit., p. 99

⁶⁰ *Ibíd.*

de la oponibilidad absoluta en todo derecho sobre bienes, la discusión «*numerus clausus*» versus «*numerus apertus*» se vuelve intrascendente porque si la oponibilidad recayese sobre “todos” los derechos sobre bienes ya no habría la necesidad de tener una lista cerrada de derechos reales; como es el caso del arrendamiento, sin ser un derecho real, se inscribe y cuenta con la oponibilidad que cuenta un derecho real; bastaría que se otorgue oponibilidad a todo derecho sobre bienes para conseguir la protección de los registros, su publicidad y por lo tanto su respeto *erga omnes*. En el caso de los bienes registrables se haría a través de su inscripción en el registro correspondiente, en el caso de los bienes no registrables la posesión daría la publicidad respectiva. Lo resaltante sería que los derechos sobre bienes se publiciten, para que de esta forma puedan ser oponibles de manera absoluta.

Como dijimos en este trabajo, no importaría si estamos ante derechos personales o reales, con tal que estos recaigan sobre bienes se debería publicar, tal como lo dice el doctor Francisco Avendaño, la discusión entre un sistema abierto y uno cerrado perdería importancia porque con el tema de la publicidad se estaría superando la discusión.

Ante esta posición queremos compartir una concepción del autor José Antonio Álvarez Caperochipi⁶¹ sobre la Tipicidad de los derechos reales y sobre la publicidad más específicamente, ya que estamos tratando el tema de la oponibilidad; al respecto nos señala que la tipicidad de los derechos reales es fundamental con el objetivo de mantener el presupuesto necesario del sistema de protección de la apariencia, resaltando de esa manera el sistema *numerus clausus*. Caperochipi defiende la postura que la única existencia de derechos reales es la que la ley determina, señala que la ley es la única que puede establecer los derechos reales y que la autonomía de la voluntad no puede configurar nuevos tipos.

Uno de los fundamentos que Caperochipi señala como base para su fundamentación es la defensa de la apariencia, la cual nos otorga la

⁶¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*, op. cit. pp 17 y ss

Oponibilidad que estamos discutiendo, donde su ejercicio estaría sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exigiría la preexistencia típica del derecho y la determinación sustancial de su contenido. Caperochipi defiende la posición de que la eficacia *erga omnes* de un derecho real, ha de ser considerada como típica sin que se pueda en virtud de acuerdos privados constituir relaciones con trascendencia universal.

La posición de Álvarez Caperochipi es muy justificada, pero recorta la posibilidad de las personas de poder dar un uso a sus bienes de la mejor forma que ellos deseen. La apariencia es un fundamento muy fuerte que si justificaría la existencia de un número determinado de derechos reales, pero eso no significa que sólo se puedan celebrar aquellos, el sistema de registros se puede adaptar para poder inscribir determinados actos sobre los bienes de las personas.

La oponibilidad es fundamental para la seguridad jurídica que todos queremos, pero a su vez es un elemento que se puede salvar si es que llegamos a entender que así como se puede inscribir un contrato de arrendamiento y hacerlo oponible a todo el mundo, siendo un derecho personal, podemos inscribir cualquier derecho, personal o real, con tal que recaiga sobre bienes, de esa forma estaríamos permitiendo un uso adecuado de los bienes y a la vez otorgando la oponibilidad que todos necesitamos para nuestra propia seguridad.

Los costos de inscribir un contrato de arrendamiento en los registros públicos no supera los S/.500 Nuevos Soles, esto incluye la escritura pública y los costos registrales, nos referimos al caso de los bienes que son registrables, en los que no son, la sola posesión es la publicidad respectiva que ampararía la oponibilidad.

Por lo tanto, podemos ver que los costos no son altos, los beneficios se tendrían que ver en forma particular, pero frente a unos costos tan bajos, no hay duda que mayor sería el beneficio.

- Otro punto de comparación entre una posición y otra son los COSTOS DE TRANSACCIÓN; son los defensores de ambos sistemas los que se enfrentan en este tema, básicamente en lo referente a los costos de publicidad, de información, de asesoría, de implementación, etc.

Para algunos autores los costos no son analizados con la importancia que deberían tener. Nosotros pensamos y creemos que los costos de información y los de publicidad son los más importantes, de ellos va a depender que se lleven a cabo las operaciones comerciales; si los costos son demasiados altos van a desincentivar el intercambio comercial, de la misma forma con los costos de información, si son demasiado altos y difícil de obtenerlos también van a producir el mismo efecto.

Viendo las cosas desde este punto debiéramos preguntarnos; ¿quienes celebrarían derechos reales más complejos o modificarían los ya existentes? La respuesta no es muy difícil, creemos que las grandes empresas y compañías que manejan grandes capitales necesitan reducir sus costos para optimizar sus ganancias para ser más eficientes; podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación. Las grandes empresas buscan la eficiencia al máximo y son ellas las que van a necesitar celebrar sus contratos de acuerdo a sus necesidades, a su vez que son ellas las que mueven los grandes capitales en nuestro país y dan más trabajo a más personas. Ahora, en términos de Kaldor-Hicks, criterio que se considera un poco más amplio que el criterio de Pareto, podemos decir que el daño que se pueda causar al implementar un sistema de derechos reales abierto no sería mayor a los beneficios económicos que las transacciones podrían arrojar, decimos esto, porque en el punto anterior explicamos que el tema de la oponibilidad no es un mayor impedimento y por lo tanto la implementación de un sistema abierto o semi abierto no generaría mayores costos al Estado pero si generaría mayores ingresos a las personas y empresas que lo utilizarían, prueba de ello es que países como España y Francia se rigen por sistemas abiertos o semi abiertos que les permiten celebrar los Derechos Reales que

necesiten de acuerdo a sus necesidades, siempre y cuando respeten las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Señalamos en la presente tesis que si tendríamos una tipificación sobre derechos reales parecida a la tipificación de los contratos en el Código Civil, es decir, una parte general y una parte específica, los costos de información se verían reducidos, tal como sucede en los contratos; los costos de buscar un abogado y redactar un contrato de principio a fin, frente a los costos de redactar un contrato con los principios que señalan en el Código Civil y sólo adecuar las partes más resaltantes son muy diferentes, la diferencia en dinero entre una y otra puede ser sustancial al momento de decidir si se lleva a cabo una operación comercial.

Otro factor económico sería la publicidad de los derechos, pero como señalamos en el punto anterior, los costos de publicidad serían los mismos que acarrea inscribir un contrato de arrendamiento, su escritura pública y sus costos registrales, que dependiendo de la notaria que se use no superaría los S/.500 Nuevos Soles

Creemos finalmente que el costo no sería un impedimento, ya que el sistema registral en nuestro país ha mejorado mucho en los últimos años y como lo dijimos antes, la oponibilidad no sería un problema para poder optar por uno u otro sistema.

- Finalmente, Otro punto de comparación entre una posición y otra es la AUTONOMIA PRIVADA, en este punto, la diferencia también es más doctrinal que económica (costos), los defensores del sistema cerrado dicen que no se puede permitir que las personas celebren todo tipo de derechos reales porque eso afectaría la seguridad jurídica de los terceros que de una u otra manera podrían estar involucrados.

La Autonomía Privada puede ser tan amplia que el margen en donde puede circular sólo se vera limitado por las normas imperativas y por el orden

publico, tal como lo resalta el doctor Francisco Avendaño⁶², las personas tienen el derecho de celebrar los actos jurídicos que ellos estimen convenientes de acuerdo a sus necesidades, entonces, como podemos apreciar, esa autonomía privada es la que nos podría facilitar la creación de derechos reales en un sistema *numerus apertus*, teniendo siempre las limitaciones de las normas imperativas y las de orden publico.

Así mismo, dijimos en su momento citando al doctor Francisco Avendaño⁶³ que es esta autonomía la que puede permitir a los particulares la creación, modificación y extinción de derechos reales de acuerdo a sus necesidades económicas; lo que si debiéramos ver es el límite de esa autonomía de la voluntad, creemos que el principal límite a esa autonomía sería que la relación jurídica que se genere recaiga sobre un bien inscribible en registros, que el titular del derecho real obtenga un poder directo, inmediato y absoluto sobre el mismo y que respete el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres.

La postura de los que defienden el sistema cerrado es que la autonomía privada puede permitir a las personas buscar los acuerdos que más les convengan, pero también dice que dichas relaciones no deben interferir con las demás personas de la sociedad, es allí donde hacen la atingencia sobre la seguridad jurídica que los Registros Públicos deben cumplir. Pero esta postura se cae por su propio peso, nadie esta diciendo lo contrario, justamente estamos buscando conseguir la inscripción registral de contratos sobre bienes para obtener su respectiva publicidad y protección de todas las personas de la sociedad.

En la misma línea del doctor Francisco Avendaño, el autor Robert D. Cooter⁶⁴ en relación a una entrevista que le hace la revista Themis señala que es muy deseable que los propietarios tengan una máxima libertad en una sociedad

⁶² AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del "Numerus Clausus" en los Derechos Reales*, op. cit., pp. 98 y ss

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ COOTER, Robert D. *Análisis Económico del derecho de propiedad*, op. cit., pp. 261 - 267

para la producción de riqueza. Señala que la decisión de cómo utilizar más eficientemente un recurso tiene, necesariamente, una alta carga subjetiva. En definitiva, las personas deben usar sus recursos de la forma como ellas crean conveniente, porque como lo dijimos antes, el mundo empezó sin necesidades, luego las personas fueron aumentando y los recursos agotándose, lo que generó escasez y necesidad. Es de esa forma donde las personas valoran los recursos de distinta manera y lo que genera un intercambio comercial, esto será la base para que todos busquen usar un derecho real o modificar uno ya existente de acuerdo a sus necesidades.

La Autonomía Privada es uno de los fundamentos más sólidos de los tratadistas que defienden el sistema *Numerus Apertus*, sin dejar a tras a los que defiende el sistema cerrado, pero con la salvedad que se puede defender la autonomía privada respetando el derecho de los terceros a través de un buen sistema de publicidad, tal como lo aclaramos en puntos anteriores.

Finalmente podemos llegar a responder la pregunta planteada en el título de este capítulo, ¿es eficiente el sistema *numerus apertus* frente al sistema *numerus clausus*?

Creemos que Sí, a lo largo del presente trabajo pudimos apreciar que el tratamiento de los Derechos Reales no puede ser igual en todos los once establecidos en nuestro Código Civil, dijimos que en cuanto a los derechos de propiedad, posesión y los derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca quizás no cabe mucho que mencionar, excepto por algunos casos que se vienen dando actualmente como la propiedad por tiempo compartido; esta figura la podemos usar para explicar el fundamento que venimos sosteniendo para defender un sistema abierto frente a uno cerrado.

En cuanto al derecho de superficie, uso, habitación y usufructo se podrían pactar lo que pueda ser necesario para poder aprovechar al máximo la explotación de los bienes; en cuanto al derecho de servidumbre también se pueden pactar facultades muy amplias para obtener utilidades para ambos fundos; el tema

principal se presenta en los derechos reales de garantía, es muy necesario que se constituyan de acuerdo a lo ya establecido en la ley.

Creemos que los intereses de las partes son razón fundamental para sostener que los Derechos Personales tienen libertad de creación basándose en la autonomía privada y en la búsqueda de alcanzar los intereses de las partes. Si esto se da así, porque no se puede admitir que los Derechos Reales puedan ser modificados, o creados en base a los ya existentes para también buscar los intereses personales de las partes involucradas, si todos sabemos que la búsqueda de riquezas y el uso más eficiente de los recursos es lo que nos impulsa a contratar en este mundo moderno, cada día más personas acuden a los profesionales en distintas materias para poder encontrar la mejor forma de contratación para poder aprovechar mejor los recursos escasos que se tienen a la mano; ya vimos los ejemplos como el arrendamiento, sin ser un derecho real es protegido como tal; el caso de la propiedad horizontal superficiaria, el propio Tribunal Registral dilucido que no existe ningún problema en manejar por un lado la propiedad y por otro el derecho de superficie, todo siempre pensando en las necesidades de las personas; vimos también el tema de la propiedad por tiempo compartido, otra figura que usa varios derechos reales para obtener el máximo provecho. En fin, creemos que el Código Civil debería permitir la apertura al uso de una combinación de derechos reales o permitir la creación de nuevos derechos, respetando siempre un orden y un objetivo, sin desnaturalizar la esencia de los mismo.

Podemos decir ahora lo que pensábamos al inicio de esta investigación, un sistema *numerus apertus* podría ser una solución muy eficiente al momento de hacer uso de nuestras propiedades de la mejor manera, como vimos, hoy en día se vienen dando contrataciones muy *sugeneris*, lo que nos hace pensar que en vez de encasillarnos en un sistema *numerus clausus* podemos abrir la posibilidad de permitir a las partes dar un uso más eficiente a su propiedad.

Como podemos apreciar, a lo largo de nuestra investigación, desde los puntos de vista tratados, llegamos a la conclusión que un sistema de derechos reales abierto o semi abierto sería más eficiente que un sistema cerrado como el que

tenemos ahora mismo en el Perú. Señalamos los fundamentos de otros sistemas jurídicos como, España, Francia usan un sistema abierto y es mucho más eficiente para las operaciones comerciales, ya que las personas dan el uso adecuado de sus bienes de acuerdo a las necesidades y requerimientos de otras personas u operadores comerciales.

Esperamos haber explicado bien lo referente al temor de los defensores de un sistema cerrado, nos referimos a la seguridad jurídica; señalamos que este tema no es más un problema, la oponibilidad de un derecho real modificado o nuevo se puede alcanzar de la misma forma como se da en los derechos reales ya establecidos, mientras los costos no superen a los beneficios que se pretende obtener aun podemos llevar a cabo las operaciones económicas.

Finalmente, según lo que acabamos de ver sobre los tres puntos de comparación: la Oponibilidad, los Costos de Transacción y la Autonomía Privada podemos decir que un sistema *Numerus apertus* sería más eficiente que un sistema *Numerus clausus*.

CONCLUSIONES.-

1. En cuanto al cuestionamiento sobre la necesidad de que el Derecho se aperture a nuevas posibilidades, específicamente en el aspecto de los derechos reales, podemos decir que el nuevo orden social, económico, jurídico, político y tecnológico hacen necesarios la creación de nuevas formas, figuras e instituciones relativas a la propiedad y a su ejercicio. Claro ejemplo fue considerar a las naves y aeronaves como bienes inmuebles en la clasificación de bienes del Código Civil, alterar su propia naturaleza sólo por fines de garantía. Otro ejemplo claro que el Derecho se adecua a las necesidades de la sociedad es otorgar al Arrendamiento la protección que se le otorga sólo a los derechos reales sin serlo, sólo por fines de seguridad jurídica.

Creemos que si existe la necesidad de que el Derecho se adecue a los cambios y necesidades relativas a la propiedad y a su ejercicio, que lleven a buscar la manera más eficiente de aprovechar los derechos reales.

2. La posibilidad de apertura de los derechos reales es considerar al sistema de derechos reales *Numerus Apertus* como posibilidad fáctica. Ante una necesidad real de una persona sobre como contratar sobre sus bienes tenemos: usar un derecho real ya existente o elaborar un contrato personalísimo sobre lo que desea hacer, eso si, sin la debida oposición *erga omnes*. Ante ello existe la posibilidad de otorgar a ese contrato la debida oponibilidad a través de su inscripción registral.
3. Confirmada la posibilidad de aperturar los derechos reales, podemos decir que la Autonomía de la Voluntad es el medio que justificaría tal apertura. Dijimos que la Autonomía se podía entender como un poder atribuido a la voluntad de los particulares para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas; así como también como el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de las facultades y derechos subjetivos. En una parte de esta investigación vimos que la autonomía privada puede ser muy amplia y que sólo se verá limitada por las normas imperativas y por el orden

publico, citamos al doctor Francisco Avendaño que señalaba que esta autonomía privada es la que nos podría facilitar la creación de derechos reales en un sistema *numerus apertus*, teniendo siempre las limitaciones de las normas imperativas y las de orden publico.

4. Al ver que la Autonomía Privada puede permitir la creación de derechos reales vimos si ésta afectaría la Seguridad Jurídica de nuestro sistema de derechos reales frente a una posible apertura al sistema *Numerus Apertus*. Tengamos presente que el sistema de *numerus clausus* se fundamenta porque aporta una gran seguridad a los adquirentes y a los terceros, entendiéndose que los derechos reales se encuentran determinados en cuanto a su contenido, y a la voluntad del constituyente y que cualquier modificación estaría regulado por la misma ley. Por otro lado, el sistema de *numerus apertus* no es un sistema que descuide tal seguridad jurídica de los particulares ni de los terceros, la autonomía de la voluntad puede ser regulada de tal manera que haga eficiente su uso.

Permitir la creación de derechos reales no significa sacrificar la seguridad jurídica de la personas, al contrario, toda apertura o creación de derechos reales también tendrá que ser inscrita en los registros públicos otorgándoles la misma seguridad que actualmente tenemos,

5. La creación de nuevos derechos reales con toda la seguridad jurídica que analizamos no es más costoso que los beneficios que se pueden obtener de su implementación. Un punto muy neurálgico en nuestra investigación fueron los costos, mientras los defensores de un sistema cerrado dicen que los costos son bajos porque ya se tiene pre establecido cuales son lo únicos derechos reales que existe, por consiguiente su calificación registral se facilita para poder obtener la publicidad adecuada; los defensores de un sistema abierto de derechos reales dicen que si los costos de publicidad, de información y demás costos que se alcanzaren no superan a los beneficios de los contratantes es eficiente la contratación y por lo tanto la actividad se debe realizar. Vimos que al igual que se reguló para los contratos, una parte general y una parte especial, de igual manera se podría legislar para los

derechos reales, esos costos de legislación lo asume el Estado; los otros costos serían los mismos que se hacen hoy con los derechos reales ya existentes.

6. Finalmente, de todas las conclusiones a la que llegamos podemos decir que Si sería eficiente un sistema *Numerus Apertus* frente a un sistema *Numerus Clausus*. Podemos decir ahora que, el método de interpretación que nos ofrece el AED es muy eficiente para estudiar las normas antes de entrar en vigencia, ver su impacto social y analizar el posible comportamiento de las mismas en las personas; así mismo, no nos cabe duda que después de haber hecho este estudio, estamos más convencidos que las decisiones jurídicas que podamos tomar ahora, no sólo tomarán en cuenta el presente, sino trataran de ver sus repercusiones en un futuro posterior.

En nuestra investigación llegamos a la conclusión que el uso de un sistema de derechos reales abierto o semi abierto permitiría un uso más eficiente de los recursos, ya que las personas y las empresas podrán disponer de sus bienes según las necesidades del mercado, con la seguridad jurídica del caso y de la mejor manera posible, lo que permitiría aumentar el bienestar social de un gran número de personas, además creemos que implementar un sistema más abierto no generaría mayores costos; éstos no se incrementarían como para desincentivar su uso y los beneficios podrían ser mucho mayores de lo que son actualmente; por otro lado, el tema de la oponibilidad es un tema superado, ya que al margen de estar ante un derecho personal o real, con tal que recaiga sobre bienes, pueden ser muy factibles su inscripción registral para conseguir la publicidad requerida, prueba de ello es la inscripción del Contrato de Arrendamiento.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Granada: Comares, 2005
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Eliminación del "Numerus Clausus" en los Derechos Reales*. En: Themis, Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas. Nuevas corrientes en el Derecho Civil. Lima: 1997
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Selección de textos*. Materiales de Enseñanza. Fondo editorial de la PUC. Lima, 1998.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Los Derechos Reales en la Católica*. En: Themis N° 48, Lima, 2004
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos reales*. Buenos Aires: Perrot, 1994
- BULLARD GONZALEZ., Alfredo. *Esquizofrenia Jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú*. En: Themis No. 44, Lima, 2002
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del derecho*. Lima : ARA, 1996
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral*. En: Thémis N° 21, Lima, 1992
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Reus, 1943.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2001-2003 Primera parte
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Analizando el Análisis*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2006
- CÁRDENAS ROMERO, Federico de. *No existe misterio del capital alguno: el otro análisis económico del derecho: entrevista a Ugo Mattei*. En: Thémis N° 49, Lima, 2004
- COASE, Ronald Harry. *El análisis económico del derecho en Chicago*. En: Themis -- No. 44 Lima, 2002
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil Peruano*. Lima : Lumen, 1954-1956
- COOTER, Robert D. *Análisis Económico del Derecho de Propiedad*. En: Thémis N° 48, Lima, 2004

- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1998
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato con Efectos Reales*. En: *Ius Et Veritas* N° 9, Año 5. Lima, 1994
- DE TRAZEGNIES, Fernando. "75 años de la Facultad de Derecho". Discurso de orden pronunciado el 29 de abril de 1994 en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Autonomía Privada y Derechos Reales*. En: Libro homenaje a R. Ma Roca Sastre. Madrid: Gráficas Cóndor, 1976
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*. V. II, Tecnos, Madrid, 1986
- EPSTEIN, Richard. *Un Vistazo más claro de la "catedral": el Dominio de las Reglas de Propiedad*. En: *Themis* N° 45, Lima, 2002
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. *¿Es el Análisis Económico un Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* En: *Themis* N° 52, Lima, 2006.
- FORNO FLORES, Hugo. *El Contrato con Efectos Reales*. En: *Ius Et Veritas* N° 7, Año 4. Lima, 1993
- HARO SEIJAS, José Juan. *Entre el Análisis Económico del Derecho, el Pensamiento Reaccionario y el Liberalismo Político: Diálogo*. En: *Foro jurídico*, Año 3, N° 5, Lima, 2006
- HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?* En: *Themis* No. 37, Lima, 1998
- LEÓN HILARIO, Leysser Luggi. *El Análisis Económico del Derecho Civil en Italia un Inventario Histórico-Bibliográfico Mínimo*. En: *Themis* No. 42, Lima, 2001
- MAISCH VON HUMBODT, Lucrecia. *Los Derechos reales*. Lima: 1980
- MARTIN MATO, Miguel Ángel. *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Buenos Aires: Cengage Learning, 2009
- PLANIOL, Marcel. *Derecho Civil : Obra Compilada y Editada / Georges Ripert*. Mexico, DF. Pedagógica Iberoamericana, 1996
- POSNER, Richard A. *El movimiento del Análisis Económico del Derecho: desde Betham hasta Becker*. En: *Themis* No. 44, Lima, 2002

- POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998
- PRIEST, George L. “Cuanto más globalización tengamos más importante será el Análisis Económico del Derecho” En: Themis 49, Lima. 2004
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1974. T. III
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona : Bosch, 1979 T.III, Vol. I
- RAMIREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Rodhas, 2007 T I.
- ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1979
- ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1994.
- SYKES, Alan O. *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago: lecturas en honor de Ronald Coase*. Lima : UPC, 2002
- SÚMAR ALBÚJAR, Óscar. *Cuanto más Globalización tengamos más importante será el Análisis Económico del Derecho: entrevista a George L. Priest*. En: Themis N° 49, Lima, 2004
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Lima : IDEMSA, 2006