

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**FUNDAMENTOS PARA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIPO EN  
LOS DERECHOS REALES**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO  
CIVIL

AUTOR

GERSON ENRIQUE BARBOZA DE LAS CASAS

ASESOR

Mg. GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

Diciembre, 2018

## RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo explicar la realidad jurídica en torno a la ordenación de los *tipos* en los derechos reales, analizando y distinguiendo el concepto de *tipicidad* y la regla del *numerus clausus*. A partir de ello, exponer los fundamentos para la flexibilización del *tipo* y su ordenación a través de *grados* en los derechos reales.

Asimismo, esta investigación busca exponer la utilidad práctica de la regla del *numerus clausus* en los derechos reales, a través de la comparación de su comportamiento en los *property rights*; contextualizando dicha regla dentro de la construcción teórica de los derechos reales como un concepto o categoría general con *vocación* ordenante.

Se persigue, por último, exponer los fundamentos para la regulación de una «parte general» en el Código Civil que contenga las normas jurídicas aplicables a todos los *tipos* de derechos reales, permitiendo la integración de los actuales vacíos normativos y facilite la labor de interpretación a los operadores jurídicos.



A Pietro y Sandra por su amor y paciencia.



## AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a Gilberto Mendoza, mentor y amigo, por su dedicación, acompañamiento y constante crítica a esta investigación. A Richard Villavicencio por compartir constantemente sus hesitaciones jurídicas y materiales bibliográficos. A mi jefa y amiga Dora Ramos sin cuya constante motivación y recordación esta tesis hubiera desaparecido en las largas jornadas laborales. A mis entrañables profesores Roxana Sotomarino, Renzo Saavedra, Rómulo Morales, José Gabriel y César Neyra por sus valiosos consejos y cuidados comentarios.



## ÍNDICE

<b>Resumen</b>	2
<b>Dedicatoria</b>	3
<b>Agradecimientos</b>	4
<b>Índice</b>	5
<b>Introducción</b>	8
<b>Conceptos y definiciones</b>	13
<b>Capítulo I. Preludio: La <i>vocación</i> ordenante de la categoría de los derechos reales (nuestra premisa) y la regla del <i>numerus clausus</i></b>	16
1.1. De la construcción teórica de los derechos reales como categoría general en el Derecho racional moderno	16
1.2. El <i>numerus clausus</i> como regla inmanente a (la categoría ordenante de) los derechos reales	18
<b>Capítulo II. ¿Para qué sirve la regla del <i>numerus clausus</i>?: Aproximación funcional a la regla del <i>numerus clausus</i> desde los <i>property rights</i></b>	26
2.1. El <i>numerus clausus</i> como limitación a la excesiva fragmentación de la propiedad	26
2.1.1. El <i>numerus clausus</i> como regla del principio de limitación y la tragedia de los anticomunes	26
2.1.2. El <i>numerus clausus</i> como regla del principio de unidad funcional de la propiedad y la entropía en la propiedad	28
2.2. Crítica a las teorías del <i>numerus clausus</i> como limitación a la fragmentación de la propiedad	29
2.3. El <i>numerus clausus</i> como mecanismo para la estandarización óptima: la teoría de la comunicación o teoría de la estandarización óptima	30
2.4. Críticas a la teoría del <i>numerus clausus</i> como mecanismo para la estandarización óptima	31
2.5. El <i>numerus clausus</i> y las reglas de verificación: la teoría de la verificación	33
2.5.1. La distinción entre <i>property rights</i> y <i>contract rights</i> : un necesario punto de partida	33
2.5.2. Coordinación, exigibilidad y verificación	34
2.6. Algunas observaciones sobre la teoría del <i>numerus clausus</i> como mecanismo para facilitar la verificación de las titularidades	36
2.7. ¿Para qué sirve la regla del <i>numerus clausus</i> ?	37
2.7.1. Sobre el carácter residual del <i>numerus clausus</i>	37
2.7.2. La regla del <i>numerus clausus</i> en su contexto	38
<b>Capítulo III. Fundamentos para la (de)construcción de la tipicidad desde la flexibilización del tipo en los derechos reales</b>	40
3.1. La construcción conceptual de la «tipicidad» que se agota en la regla del <i>numerus clausus</i>	40
3.1.1. Sobre el falso debate nacional en torno a la elección entre <i>numerus clausus</i> y <i>numerus apertus</i>	40
3.1.2. La noción de los derechos reales como categoría general: Crítica a la conceptualización francesa de los derechos reales como <i>desmembraciones</i> de la propiedad	42

3.2.	La deconstrucción de la tipicidad en los derechos reales: una tendencia hacia la flexibilización del tipo en el derecho comparado	44
3.2.1.	El <i>numerus quasi-clausus</i> en el derecho neerlandés de vocación europea: Lecciones desde Maastricht	45
3.2.2.	La figura del <i>registrat of deeds</i> en un sistema jurídico «sin» regla del <i>numerus clausus</i> : El problema del <i>numerus clausus</i> en el registro de predios sudafricano	46
3.3.	¿Por qué es necesaria una revisión de la tipicidad en los derechos reales?: Fundamentos para la (re)construcción de la tipicidad desde la flexibilización del «tipo» en los derechos reales	49
3.3.1.	¿A qué refiere el derecho real (individualizado) como «tipo»?	50
3.3.2.	<i>Typenzwang</i> y <i>Typenfixierung</i> : la doble dimensión en la ordenación de los derechos reales	50
3.3.3.	¿Qué entendemos por flexibilización del tipo en los derechos reales?: La ordenación de los tipos de derechos reales a través de grados	52
<b>Capítulo IV. Aproximación práctica a la noción de flexibilización del tipo en los derechos reales</b>		55
4.1.	El ámbito de flexibilización y los nuevos fenómenos apropiativos: sobre la manera en que la autonomía privada flexibiliza el contenido del tipo en los distintos derechos reales	55
4.1.1.	Las restricciones convencionales al ejercicio de la propiedad	55
4.1.1.1.	Las restricciones voluntarias a las «alturas adicionales»: los certificados de derechos edificatorios de la Municipalidad Distrital de Miraflores	56
4.1.1.2.	El pacto de no edificación en general	58
4.1.1.3.	Las limitaciones temporales al destino del uso del bien: ¿Por qué no es necesario el <i>numerus apertus</i> español?	64
4.1.2.	La flexibilización del tipo en el derecho real de superficie	72
4.1.2.1.	La facultad de «sobreelevación» o «subedificación» en virtud de un derecho de superficie	72
4.1.2.2.	De la consolidación a la opción de compra: sobre el otorgamiento de un derecho de superficie a favor del acreedor como forma de aseguramiento del cumplimiento de un crédito	75
4.1.3.	La flexibilización del tipo en el derecho real de servidumbre	76
4.1.3.1.	«Disfrute pleno de jardines»: El caso <i>Re Ellenborough Park</i>	77
4.1.3.2.	La servidumbre como mecanismo para mantener las condiciones materiales de una relación de negocios a largo plazo: el « <i>Sicherungsdienstbarkeit</i> » y el « <i>security-servitude</i> »	77
4.2.	Supuestos no admisibles como formas flexibilizadas del tipo	78
4.2.1.	Límites a las formas flexibilizadas del tipo (I): las normas imperativas en materia de derechos reales	79
4.2.1.1.	La proscripción de establecer contractualmente la prohibición de gravar o enajenar	79
4.2.1.2.	Las normas imperativas del «tipo jurídico-estructural»	83
4.2.2.	Límites a las formas flexibilizadas del tipo (II): los elementos <i>externos</i> al ejercicio del derecho mismo	84
4.2.2.1.	Los actos de disposición	85
4.2.2.2.	Los derechos de adquisición preferente	85
4.2.2.3.	Las obligaciones <i>propter rem</i>	88

4.2.2.4.	Las «derechos reales <i>in faciendo</i> » o cargas reales ( <i>Reallasten</i> )	88
4.2.2.5.	Las condiciones materiales para la constitución del derecho real: la <i>destination du père de famille</i> francés y el caso inglés <i>Moody v. Steggles</i>	90
4.2.2.6.	Las configuraciones que inciden sobre las condiciones del bien mismo: El derecho de superficie forestal y de plantaciones	92
4.3.	Cuestiones de orden registral: Sobre la admisión en el registro de las formas flexibilizadas del tipo	94
4.3.1.	Un vistazo a los ordenamientos jurídicos <i>sin</i> una regla de <i>numerus clausus</i> : España y Sudáfrica	94
4.3.1.1.	Los «otros cualesquiera reales» y la «trascendencia real» en la Ley Hipotecaria española	95
4.3.1.2.	La prueba del « <i>subtraction from the dominium</i> » en la jurisprudencia sudafricana	98
4.3.2.	Los criterios adoptados por el Tribunal Registral nacional	100
<b>Capítulo V. Las reglas aplicables a los derechos reales: El contenido legalmente determinado (tipicidad) de los derechos reales como categoría general</b>		110
5.1.	Sobre el tratamiento normativo de la categoría de los derechos reales en los principales códigos latinoamericanos y europeos (en orden alfabético)	111
5.1.1.	Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina	111
5.1.2.	Código Civil de Alemania	115
5.1.3.	Código Civil de Bolivia	117
5.1.4.	Código Civil de Brasil	120
5.1.5.	Código Civil de Chile	122
5.1.6.	Código Civil de España	124
5.1.7.	Código Civil de Francia	124
5.2.	Asociaciones y agrupaciones de los códigos civiles: Según la estructura del libro que regula los derechos reales	125
5.2.1.	El modelo de influencia francesa: Francia, España, Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Puerto Rico, Estado de México y Bolivia	126
5.2.2.	El modelo de influencia italiana: Italia, Cuba, Estados Unidos Mexicanos (Federal), Guatemala y Perú	126
5.2.3.	El modelo de influencia chilena: Chile, Colombia, El Salvador, Panamá, Ecuador, Honduras y Paraguay	126
5.2.4.	Los modelos de Costa Rica y Nicaragua	127
5.2.5.	El modelo de la categorización de los derechos reales: Alemania, Brasil y Argentina	127
<b>Conclusiones</b>		128
<b>Recomendaciones</b>		143
<b>Bibliografía</b>		145

## INTRODUCCIÓN

El *numerus clausus* en los derechos reales es una regla comúnmente aceptada por la academia<sup>1</sup> y establecida en la mayoría de los códigos civiles. Tradicionalmente<sup>2</sup> este *numerus clausus* significa que el ordenamiento jurídico establece una lista taxativa de aquellas situaciones jurídicas subjetivas que constituyen derechos reales, en consecuencia, queda proscrito para los privados crear nuevos («tipos» de) derechos reales, lo cual resulta contrario a una regla de *numerus apertus*.

Bajo esta visión dicotómica, la opción del legislador se limita a una elección entre *numerus apertus* o *numerus clausus*, es decir, se busca optar por la «mejor» regla para la creación de nuevos tipos de derechos reales. No obstante, este enfoque tradicional que se agota en la regla del *numerus clausus* —y enfatiza la fuente del derecho real— soslaya otro concepto estrechamente vinculado a este: la fijación del tipo, asociada más bien con la tipicidad.

La tipicidad, a su vez, se refiere a la determinación de un contenido legalmente establecido para un concreto derecho real, esto es, el derecho real visto como un «tipo» de contenido establecido por el propio ordenamiento jurídico.<sup>3</sup> Frente al cual el ordenamiento puede adoptar una posición de permisión (flexibilidad del tipo) o proscripción (fijación del tipo) a favor o en contra de los privados, respectivamente, para modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales.

De lo anterior, se disocia la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna (flexible/fija), pudiendo en este último tener mayor o menor presencia la autonomía privada. Así, la categoría de derechos reales puede estar sujeto a una

---

<sup>1</sup> Empleamos el término «academia» con una semántica equiparable a la que se suele atribuir a la palabra «doctrina» en nuestro medio. Preferimos el primero de ellos en tanto es más propio para referirnos a la autoridad dentro de los círculos profesionales (o artísticos, científicos, literarios, etc.), a diferencia del segundo término más afín a la enseñanza con la cual se instruye a alguien o a un paradigma o idea. Además de ser un término anticuado.

<sup>2</sup> Incluso sus bases se remontan al Derecho romano preclásico (Akkermans 2008: 45). Sin embargo, el debate sobre la adopción de un *numerus clausus* o un *numerus apertus* se remonta al período de la entrada en vigor del Código Civil francés, en razón de su ambigüedad sobre si había optado por alguna de esas dos reglas. Lo propio ocurrió en el Derecho español (Peralta 2015: 2667, 2670-2671). Resulta lógico pensar que para la existencia de este tipo de regla se requiera de un Estado moderno con un ánimo «nomotético».

<sup>3</sup> «[...] conviene recordar que la problemática del *numerus clausus* es diversa, como es generalmente ya reconocido, de aquella de la tipicidad, atendiendo la primera a la exclusividad de la fuente, esto es, al ordenamiento que limita la autonomía del sujeto, y la segunda a la determinación del contenido, esto es del “tipo” de la situación real que el sujeto puede preseleccionar [...] [e]n realidad el ordenamiento intenta reservar para sí mismo la acción ordenante de las situaciones reales, atendiendo a la importancia, bajo el perfil social y económico, que tales situaciones adquieren en la utilización de los bienes y en la estructura general del ámbito patrimonial. Tal reserva se explica sea con el principio de la tipicidad, relativo a la individualización de los esquemas a través de los cuales viene ordenada la actividad de utilización de la *res*, o sea con el otro principio del *numerus clausus*, configurado en una limitación a la autonomía del privado en la elección de nuevas estructuras fuera de aquellas previstas» (Comporti 2011: 225-226).



regla de *numerus clausus*, sin embargo, el ámbito de su tipicidad puede ser más o menos flexible, pudiendo existir, a su vez, tipos más o menos flexibles.<sup>4</sup>

Partiendo de la distinción entre ambos conceptos, consideramos que la discusión sobre la ordenación de los tipos de derechos reales no se agota en una visión dicotómica (es decir, en una opción legislativa entre *numerus clausus* y *numerus apertus*), sino que debe ser enfocada, más bien, bajo una visión «flexible-gradual».

Esta idea de flexibilidad se expresa en dos (2) dimensiones: (i) una, referida a la proscripción/permisión de crear nuevos tipos de derechos reales (*numerus clausus/apertus*); y, (ii) otra, relativa a la proscripción/permisión de modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales (fijación/flexibilización del tipo).

Siguiendo esta idea, sostenemos que la ordenación de los tipos dentro de la categoría de los derechos reales puede ser expresada en tres (3) grados: (i) el grado de mayor restricción, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales ni modificar el contenido legalmente establecido de estos (por ejemplo, el modelo del argentino<sup>5</sup> y francés<sup>6</sup>); (ii) el grado de restricción media, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales, pero sí modificar el contenido legalmente establecido (modelo peruano<sup>7</sup>); y, (iii) el grado de nula restricción<sup>8</sup>, en el cual es permitido a los particulares crear nuevos tipos de derechos

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, la propiedad será un tipo de derecho real altamente flexible, cuyo sustento para su restricción se encuentra en el Artículo 926 del Código Civil. Caso contrario ocurre con la habitación que es un tipo de derecho real que se configura de determinada manera y su constitución y dinámica estarán ampliamente limitados por el ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup> **Código Civil y Comercial de la Nación Argentina**

**Artículo 1884.- Estructura.** La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

<sup>6</sup> **Código Civil**

**Artículo 543.-** Se puede tener sobre los bienes un derecho de propiedad, o un simple derecho de goce, o tan sólo el poder de exigir servidumbres prediales.

<sup>7</sup> **Código Civil**

**Artículo 926.-** Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.

**Artículo 999.-** El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades.

<sup>8</sup> Cabe precisar que, en el grado de nula restricción, la regla del *numerus apertus* no implica necesariamente una «aticipidad» como lo ha expresado un autorizado sector de la academia nacional (Torres 2006: 118-122; Ramírez 2004: 71-79; González 2013: 121-130), muy por el contrario, podrían presentarse casos en el que coexistan los tipos establecidos por el propio ordenamiento jurídico y, en adición a ellos, los establecidos por los particulares; siendo derechos reales tanto los establecidos por los particulares como por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el sistema español de *numerus apertus* (Peralta 2015: 2670-2679). Ese sentido, se ha dicho que «[...] la problemática del *numerus clausus* es distinta, como es generalmente reconocido, de aquella de la tipicidad, atendiendo la primera a la exclusividad de la fuente,

reales, así como modificar libremente el contenido de estos (por ejemplo, el modelo español<sup>9</sup> y sudrafricano<sup>10</sup>). Se puede graficar de la siguiente manera:

Ordenación de los tipos de derechos reales		
<i>Typenfixierung</i> <sup>11</sup>	Fijación del tipo	Flexibilización del tipo
<i>Typenzwang</i>		
<i>Numerus clausus</i>	(i) Grado de mayor restricción	(ii) Grado de restricción media
<i>Numerus apertus</i>		(iii) Grado de nula restricción

La consecuencia práctica de esta reconstrucción teórica se encuentra en la concepción de una categoría de los derechos reales permeable a los nuevos fenómenos apropiativos. Dicho de manera más precisa (y tomando como modelo paradigmático el grado de restricción media), mientras que la regla del *numerus clausus* reserva al legislador la creación de nuevos tipos de derechos reales (política legislativa), el tipo permite cierta flexibilización, por tanto, un ámbito de actuación a la autonomía privada, estableciéndose de esta manera una regla general de flexibilización del tipo sobre los derechos reales.

Llamamos flexibilización del tipo en los derechos reales al replanteamiento expuesto. Bajo esta óptica de flexibilización, la ordenación de los tipos en los derechos reales no solo implica una proscripción de crear nuevos tipos, sino también la determinación legal de su contenido. A su vez, la opción del legislador no se limita al *numerus clausus* o *numerus apertus*, sino a tres

---

esto es, el ordenamiento limita la autonomía del sujeto, y la segunda a la determinación del contenido, esto es, del “tipo” de la situación real que el sujeto puede preseleccionar» (Comporti 2011: 225).

<sup>9</sup> **Ley Hipotecaria**

**Artículo 2.-** En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

[...]

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

**Reglamento de la Ley Hipotecaria**

Artículo 7.- Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

<sup>10</sup> **Deeds Registries Act 1937**

**Sección 63(1)**

Ninguna escritura, o condición en una escritura, que pretenda crear o que incorpore ningún derecho personal [*personal right*], y ninguna condición que no restrinja el ejercicio de algún derecho de propiedad [*right of ownership*] con respecto a bienes inmuebles [*immovable property*], podrá ser registrada: siempre que una escritura que contenga tales una condición como la mencionada anteriormente puede ser registrada si, en opinión del *registrar*, tal condición es complementaria o de otro modo auxiliar a una condición o derecho registrable o conferido en dicha escritura.

<sup>11</sup> El *typenzwang* implica la proscripción de incorporar nuevos tipos de derechos reales por parte de los privados, esto es, una regla de *numerus clausus*; mientras que el *typenfixierung*, la proscripción de modificar los elementos esenciales del contenido de un derecho real ya establecido.

grados en el cual podrá optar entre una mayor restricción, una restricción media o una nula restricción. Uno de los objetivos de esta investigación es fundamentar esta flexibilización en los derechos reales.

Este replanteamiento del *numerus clausus* nos lleva a cuestionarnos sobre el contenido legalmente establecido en torno a los derechos reales entendidos como una categoría que engloba varios tipos. Dentro del desarrollo normativo encontramos que el ordenamiento fija reglas jurídicas que determinan la estructura común de un derecho real. Por ejemplo, el Artículo 949 del Código Civil peruano establece que la propiedad sobre bienes inmuebles se transfiere con el solo consentimiento, no obstante, se permite modificar contractualmente esta regla.

Otra regla sobre el contenido de un derecho real se encuentra en la usucapión. El Artículo 950 señala que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Sin embargo, a diferencia del artículo anteriormente mencionado, no se puede establecer contractualmente que la propiedad sobre determinado bien inmueble se adquiere por usucapión a los doce años, luego, tampoco se podrá inscribir dicho tipo de pacto para dotarlo de oponibilidad a los sucesivos adquirentes.

La razón se encuentra en que generalmente las normas sobre derechos reales son establecidas por el ordenamiento jurídico y extraídas del ámbito de la autonomía privada. Esta determinación del contenido del derecho por mandato legal es lo que denominamos contenido legal del derecho real. Este contenido no obedece a una definición del derecho real, sino a las consecuencias jurídicas ligadas a la calificación de «real». Con esto proponemos centrar la atención en la pregunta ¿qué implica que un derecho sea «real»? antes que preguntarnos ¿qué es un derecho real?

La finalidad de esta investigación no es concluir con una definición irrefutable y sólidamente construida de derecho real. Nuestro interés es más modesto. Buscamos describir las reglas jurídicas que determinan el contenido de los derechos reales, a partir de las normas establecidas por distintos ordenamientos jurídicos y enfocando a los derechos reales como una categoría general. En esta línea, consideramos que las consecuencias jurídicas de catalogar a un derecho como real se encuentran dentro del ordenamiento jurídico positivo, por ello, nuestro objeto de estudio recae en los códigos civiles.

Ahora bien, esta descripción del contenido legal de los derechos reales a lo largo del análisis de la codificación civil nos lleva al segundo<sup>12</sup> objetivo de nuestra investigación, esto es, establecer a la categoría de los derechos reales como un concepto general que engloba un conjunto de reglas inherentes.

Líneas arriba hacíamos referencia a dos artículos del Código Civil peruano que regulan la usucapión (Artículo 950) y la tradición en caso de bienes inmuebles (Artículo 949). Estos artículos se encuentran regulados dentro del Título II del Libro V destinado a la propiedad, lo cual implica que la usucapión y la tradición sean figuras solo aplicables a este tipo de derecho real, siguiendo el orden de nuestro código. Cabe preguntarse si la usucapión pueda

---

<sup>12</sup> El primer objetivo está referido a la fundamentación de la flexibilización del tipo en los derechos reales.

aplicarse al usufructo o a la superficie, o si las reglas de transferencia de la propiedad sobre bienes inmuebles, al uso o la servidumbre convencionales, por ejemplo.

Es frecuente que los códigos civiles de matriz francesa (como el Código Civil chileno, seguido a su vez por los códigos colombiano, ecuatoriano, salvadoreño y hondureño) tengan a la propiedad como una categoría general sobre la base del cual se «desmiembran» los otros derechos reales. Es decir, la propiedad se identifica con la categoría lógica de los derechos reales en el plano positivo, puesto que aquella contiene a los otros (Gambaro 2008: 17-18; Akkermans 2008: 89-99).

Esta idea se materializa en la codificación, donde muchos de los códigos destinan apenas algunos artículos a las «disposiciones generales» sobre los derechos reales (como el Código Civil peruano), mientras que otros simplemente no contemplan un conjunto de reglas generales. En otras palabras, la propiedad se identifica con el conjunto de derechos reales en el plano positivo. Las reglas generales no se regulan en la parte referida a los derechos reales, sino en las normas sobre propiedad.

Ante ello sostenemos que los derechos reales presentan un contenido normativo establecido por el ordenamiento jurídico, el cual se vincula con la tipicidad y la fijación del tipo. Esta visión de categoría general plasmado en las normas aplicables a los derechos reales conjuntamente permitirá el desarrollo a nivel de criterios de interpretación propios para esta categoría, así como la integración en caso de vacíos.

En ese sentido, nuestra investigación busca contribuir a la solución de dos (2) problemas:

- (i) La visión tradicional de la ordenación de los tipos de derechos reales que se agota en la regla del *numerus clausus* (proscripción en la creación de nuevos derechos reales) ha generado que esta solo se aprecie bajo una visión dicotómica, reduciendo la opción de legislador entre el *numerus clausus* o el *numerus apertus*.
- (ii) La ausencia de un conjunto de reglas generales aplicables a los derechos reales conlleva que esta pierda utilidad práctica y teórica como una categoría general. Esto se debe a que muchas de las codificaciones se establecieron sobre la base de la propiedad, entendiendo a los otros derechos reales como meras desmembraciones de aquella y donde propiedad y la categoría de los derechos reales se identifican en el plano positivo.

## CONCEPTOS Y DEFINICIONES

### Fenómeno apropiativo

Empleamos la expresión fenómeno apropiativo para referirnos a todo evento dentro del plano de la juridicidad (previsión normativa) en el que se atribuye o asigna recursos escasos a un sujeto. En otras palabras, un «hecho jurídico apropiativo».

Por ejemplo, en esta investigación estudiamos distintos fenómenos apropiativos denominados conjuntamente como «derechos reales» y se los compara con los «*property rights*». Ambas categorías, sin ser idénticas, tienen en común que establecen la forma en cómo se resuelve la interacción entre el sujeto «apropiador» y la porción de la realidad «apropiada».

Cabe anotar que el fenómeno apropiativo excede largamente al Derecho civil, en esa línea, son también fenómenos apropiativos las titularidades que tiene el concesionario para la explotación y beneficio de los minerales; la facultad de aprovechamiento de los recursos hídricos a través de las licencias, permisos y autorizaciones; la facultad de aprovechar los recursos naturales a través de los servicios ecosistémicos (como depuración del aire, resiliencia de los cuerpos receptores, polinización de la plantas, entre otros); los derechos de acceso al uso, aprovechamiento y disfrute del *patrimonio* forestal y de fauna silvestre; los derechos de propiedad intelectual y la propiedad industrial; las prerrogativas que tiene el Estado sobre sus bienes, sean de dominio público o privado; los derechos de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras; los derechos, licencias, autorizaciones, permisos sobre recursos naturales; y, en general, toda forma de atribución de prerrogativas sobre recursos regulada por el derecho.

### Comportamiento

Empleamos el término comportamiento —en el sentido de funcionar o actuar— para referirnos a cómo las instituciones, reglas o categorías jurídicas se desarrollan en un determinado contexto. Por ejemplo, cuando decimos que el *numerus clausus* (regla jurídica) tiene un comportamiento similar tanto en los *property rights* como en los derechos reales, queremos expresar que una determinada regla de derecho se desarrolla de forma similar tanto en un contexto como en otro, en el ejemplo, tanto en el *civil law* como en el *common law* la regla del *numerus clausus* implica que solo determinadas fenómenos apropiativos son admitidas como derechos reales o *property rights*, respectivamente, por los tribunales o las leyes.

La idea de comportamiento permite una mejor comparación de las instituciones que tienen correlato en distintos ordenamientos o sistemas jurídicos, a la vez que resulta muy expresiva para entender el derecho como un conjunto de reglas, instituciones o categorías «vivas» o «dinámicas» que se desarrollan, circulan, mutan en el «espacio-tiempo». Asimismo, permite la comprensión del derecho desde las instituciones, reglas o categorías, antes que desde las normas positivizadas (visión estática).

### Aproximación en el sentido de *approach*

También empleamos el término aproximación en el sentido del término inglés *approach*, es decir, como un método desarrollado para estudiar o lidiar con un problema jurídico. Esta acepción de aproximación no es admitida en la lengua castellana, sin embargo lo empleamos

cuando queremos destacar que un autor ha emprendido el estudio de una institución del derecho siguiendo algún método en específico, tal es el caso, que mencionamos una aproximación funcional, dogmática, exegética, antropológica; o, de una particular manera destacando ciertos aspectos propios de una cultura, por ejemplo.

Resulta de mucha utilidad para aquellos casos en que las *aproximaciones* suelen ser poco ortodoxas y no se enmarcan del todo en los métodos tradicionales empleados por los académicos del derecho. Esto se observa en Michael Heller (1999), verbigracia, cuando inicia sus reflexiones desde las *metáforas* del derecho de propiedad.

## Tipo

Descripción abstracta e individual de una determinada figura jurídica que se realiza en una norma jurídica con la finalidad de incorporarla dentro de una categoría jurídica mayor. Por ejemplo, los tipos propiedad, usufructo, uso, hipoteca, superficie forman parte de la categoría de los derechos reales.

## Tipología

Se refiere a la clasificación que se realiza sobre la base de un conjunto de tipos. En nuestra exposición no empleamos este término, sin embargo, es recurrente en diversos manuales de derechos reales por lo que conviene precisarlo. Para referirnos al conjunto de derechos reales como un «macro concepto» que abarca una colección de reglas propias y aplicables a todos los tipos empleamos la expresión «categoría jurídica de los derechos reales».

## Tipicidad

Determinación del contenido legal de un tipo a través de la descripción normativa de los elementos esenciales que lo componen como pueden ser su forma de adquisición o pérdida, transmisión total o parcial, cesión de algunas facultades, su duración, entre otros elementos. En relación con la tipicidad, los privados pueden encontrarse en una situación de mayor o menos restricción. En el primero nos encontraremos ante una «fijación del tipo», mientras que el último, ante una «flexibilización del tipo».

Cabe anotar que algunos autores suelen identificar el concepto de tipicidad con la regla del *numerus clausus*. Es decir, se plantea la relación «*numerus clausus*-tipicidad» y «*numerus apertus*-atipicidad».

A nuestro parecer, esto resulta poco apropiado porque se confunde la determinación del contenido del tipo del derecho real (tipicidad, propiamente) con la fuente de este derecho (que puede ser creado por autonomía privada o norma jurídica estatal). Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico español es uno que adopta una regla de *numerus apertus*, sin embargo, determina el contenido de los derechos reales, por lo que habría una relación del «*numerus apertus*-tipicidad».

## Fijación del contenido del tipo o «fijación del tipo» (*typenfixierung*)

Empleamos la fraseología «fijación del tipo» para expresar la proscripción del ordenamiento jurídico en contra de los privados para modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales. Se opone a la expresión «flexibilización del tipo».

**Limitación a los tipos establecidos o *numerus clausus* (*Typenzwang*)**

Usamos la fraseología «limitación a los tipos establecidos» para referirnos a la proscripción del ordenamiento jurídico en la creación de nuevos tipos de derechos reales en ejercicio de la autonomía privada, esto es, una regla de *numerus clausus*.



## Capítulo I. Preludio: La *vocación* ordenante de la categoría de los derechos reales (nuestra premisa) y la regla del *numerus clausus*

### 1.1. De la construcción teórica de los derechos reales como categoría general en el Derecho racional moderno

Nos gustaría iniciar esta investigación destacando un aspecto sobre la categoría de los derechos reales, esto es, la idea de orden. La categoría de los derechos reales tuvo en su construcción una *vocación* ordenante de aquellas situaciones jurídicas pertenecientes a (ese gran grupo de) los derechos patrimoniales consolidada en el Derecho racionalista de los siglos XVII y XVIII, y cuyas bases se remontan a la Baja Edad Media.

En este contexto, Hugo Grocio (1538-1645), fundador del Derecho racionalista moderno o moderno Derecho natural, en *De iure belli ac pacis* (1623-1625), establece como punto de inicio la distinción entre «derechos reales» y «derechos personales» como conceptos al interior de la categoría de derecho como «cualidad moral correspondiente a la persona», entendido posteriormente como «derecho subjetivo», conforme se puede observar en el siguiente texto (Grocio 1925: 47):

IV. Es diferente de esta significación del derecho la otra, pero derivada de ésta, que se refiere a la persona; en el cual sentido, derecho es la cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo justamente.

Corresponde este derecho a la persona, aun cuando algunas veces sigue a la cosa, como las servidumbres de los predios, las cuales se llaman derechos reales en comparación a otros meramente personales; no porque no correspondan también ellos a la persona, sino porque no corresponden más que a quien posee determinada cosa.

Y la cualidad moral perfecta la llamamos nosotros facultad, y la menos perfecta, aptitud: a las cuales corresponde en lo natural, a aquélla ciertamente el acto, y a ésta la potencia.

Partiendo de esta distinción, dentro de la «facultad» distingue entre la «potestad», el «dominio» y el «crédito», de lo cual luego se extrae la idea de «patrimonio» como conjunto de obligaciones y cosas (cfr. Wieacker 1957: 250). Esta tripartición del derecho como «facultad» lo encontramos a continuación (Grocio 1925: 48):

V. Los jurisconsultos llaman a la facultad con el nombre *de lo suyo*; nosotros, en adelante, la llamaremos derecho propio y estrictamente dicho: en el cual se contienen la potestad, ya en sí, la cual se llama libertad, ya en otros, como la patria, la señorial; el dominio, pleno o menos pleno, como el usufructo, y el derecho de pignorar; y el crédito, al que corresponde como contrario la deuda.

La ordenación de los derechos patrimoniales y, lo que es aún más importante, la distinción entre un derecho real «pleno» y otro «menos pleno» es la base sobre la cual se construyen los derechos reales como categoría ordenante, posteriormente denominados estos últimos como «derechos reales limitados» (cfr. Hedemann 1955: 31-32).

Los «derechos reales» no era una noción solo antitética de los «derechos personales», aquellos se muestran como una categoría que comienza a abordar otros tantos derechos en atención a la «plenitud» del derecho, en otras palabras, a partir del dominio. Esta categoría de los derechos reales tampoco parte por definirse a partir de la distinción entre un *actio in rem* o un *actio in personam*. Grocio, en ese sentido, comienza a desarrollar una categoría que engloba a



otras a partir de su (mayor o menor) plenitud, de esta manera, se ordenan los derechos reales, ya no sobre un *actio*, sino sobre su *substantia*.

El desarrollo posterior de los derechos reales, por el contrario, se enfocó en otros aspectos relativos a la adquisición y transmisión de la propiedad. Por ejemplo, Samuel Pufendorf (1632-1694) incluye a la teoría de la propiedad dentro del contrato obligaciones (medio para adquirirla), modelo que es tomado luego por los códigos iusnaturalistas (bávaro<sup>13</sup>, prusiano, austriaco y francés) (cfr. Wieacker 1957: 296-321).

Inmanuel Kant (1724-1804) enfocó la cuestión sobre qué es un derecho real (*ius reale, jus in re*) en el poder de dirigirse contra cualquiera que posea un objeto y obligarle a reponerse la posesión (*per vindicationem*), en los siguientes términos:

También en la cuestión ontológica de la relación sujeto-colectividad, criticando la construcción «absurda» de una obligación de una persona respecto de una cosa (relación persona-cosa) y recíprocamente. Asimismo, explica que por la expresión «derecho real» no solo se entiende el derecho a una cosa, sino también el conjunto de todas las leyes que se refieren a lo «Mío y Tuyo» (Kant 1873: 85-87).

Herederero del Derecho racional moderno<sup>14</sup>, para Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), en su Sistema de Derecho Romano Actual (1840-1849), no le fue ajena la expresión «Derecho de bienes» (como derecho patrimonial) el cual divide en «derecho de las cosas» (*sachenrecht*) y «derecho de las obligaciones», así como la definición y alcance que tenía de la primera, conforme se expresa en las siguientes líneas:

Ocúpese la primera [“derecho de las cosas”] de la posesión, es decir, del dominio real de las cosas, cuya forma jurídica más simple y completa es la propiedad o el imperio exclusivo y absoluto de una persona sobre una cosa (...) dentro del círculo de la propiedad pueden concebirse una multitud de especies de dominio más restringidos y circunscritos por el derecho positivo, formando otros tantos *jura in re* que son instituciones particulares no incluidas en la propiedad. Y todos los derechos posibles sobre las cosas, la propiedad y los *jura in re*, están comprendidos bajo el nombre general de derechos reales (Savigny 2005: 165-166).

La distinción entre los conceptos de derechos reales, propiedad y *jura in re* se aprecia con nitidez en la parte tercera de su obra «Imperio de las Reglas del Derecho sobre Las Relaciones Jurídicas». Aquí Savigny (2005: 1400-1401) distingue entre «Derecho de las cosas. Las Reglas Generales», «Derecho de las cosas. La Propiedad» y «Derecho de las cosas. *Jura in re*» para hablar cada una de las reglas jurídicas positivizadas que las rigen.

---

<sup>13</sup> El *Codex Maximilianus bavaricus civilis* de 1756.

<sup>14</sup> «La Escuela histórica del Derecho no fue, por consiguiente, frente a la opinión usual, quizá aún hoy predominante, una creación del Romanticismo, tal como hasta donde todavía puede entenderse este extenso y mal delimitado movimiento cultural de hacia principios del siglo XIX [...] Solo este esclarecimiento previo del verdadero lugar de la Escuela histórica en el proceso evolutivo de la ciencia jurídica alemana hace del todo comprensible la muy esencial significación del legado *iusnaturalista* negado por la misma Escuela. Este “criptoiusnaturalismo” de la ciencia pandectística está hoy reconocido generalmente. Aceptó la axiomática, el sistema y el método del Derecho racionalista *teórico* anterior a la legislación de la Ilustración sin modificaciones esenciales [...]» (Wieacker 1957: 337-341).

La sistemática de Savigny sobre la categorización de los derechos reales es gravitante. Se atribuye a este la fraseología de los «derechos reales» (*dingliches rechte*) como una categoría general que engloba al dominio y a los *jura in re*, expresión que permitió la difusión de la categoría entre los juristas del siglo XX hasta la actualidad. Si bien la idea de una categoría general ya se encontraba presente en Grocio (como destacamos anteriormente), la expresión «derechos reales» fue «popularizada» por los seguidores de Savigny y recibida así en esta parte del mundo.

Los derechos reales, como categoría que comprende a varios *iura in re*, plasma aquel genio alemán de sistematización y abstracción. El libro tercero del BGB recoge aquellas figuras que presentan «[...] una *unidad interna*, en el sentido de que las diferencias existentes entre los bienes reales en cuanto a su significación económica y social o en cuanto a la manejabilidad técnica de los distintos bienes, deben ser postergadas en favor de una regulación unitaria de sus relaciones jurídicas» (Enneccerus 1971: 2).

Con todo lo anterior buscamos resaltar que la categoría tiene una *vocación* ordenante de la realidad jurídica sustentada en la previsión normativa de un conjunto de figuras que tienen en común la denominación de derechos reales, aunque (aún) no se tenga bien definido. Al respecto, Gambaro (2008: 4) señala que:

Aunque no se tiene una definición en sentido propio de los derechos reales, no deja de constituir una categoría ordenante, solo que esta se deriva de la referida discusión, no como categoría discreta individualizada de atributos necesarios y suficientes compartidos en igual medida por todos los constituyentes de dicha categoría; por el contrario, aquella se configura como un conjunto ordenado en torno a un prototipo definido de atributos compartidos por los otros constituyentes en forma escalonada [más o menos «plenos»], de modo que el orden categorial de cada constituyente ocupa un lugar individualizado por la semejanza con el prototipo: esto es del número de atributos que comparten con este último.

De aquí la fortaleza de nuestra premisa, es decir, la *vocación* de orden de la categoría de los derechos reales. Resulta hasta indiferente definir la categoría, dotarla de un contenido suficiente que delimite sus alcances a nivel conceptual. Lo relevante, luego, será identificar las figuras que se asemejarán al prototipo<sup>15</sup> y, consecuentemente, determinar las reglas jurídicas que le serán aplicables, esto es, su contenido normativo.

## 1.2. El *numerus clausus* como regla inmanente a (la categoría ordenante de) los derechos reales

La *vocación* ordenante en los derechos reales motivó una inclinación por el *numerus clausus* en esta categoría. *Numerus clausus* en el sentido de que «[...] la ley admite como derechos reales únicamente los que ella misma instituye [...]» (von Tuhr 1998-1999: 141), por lo que esta regla es estrechamente cercana al fenómeno de la categorización o de la ordenación de distintas situaciones jurídicas prototípicas de la propiedad privada occidental y posfeudal.

---

<sup>15</sup> «El tipo fundamental de todos los derechos reales es la propiedad [...] junto a la propiedad se han formado otras figuras del *Derecho de cosas* [...] *la propiedad es el tipo dominante*. [...] Para comprender el significado profundamente humano del *Derecho de cosas* nos basta pensar en la *propiedad*, como en una forma elemental [...]» (Hedemann 1955: 12-13).

La codificación de los siglos XIX y XX expresa ese afán de simplificación de la realidad, de un orden establecido e inquebrantable sobre el cual se erigen las instituciones de la modernidad. La aspiración omnicompreensiva y nomotética es campo propicio para el desarrollo de una regla como el *numerus clausus* que encuentra su justificación en la norma positiva.

Los derechos reales son determinados por la ley, es decir, qué es (o no) un derecho real se sustenta en un criterio legal, por tanto, variable en el tiempo (Díez-Picazo 2008: 111). La determinación normativa es totalizadora en este aspecto. Por ello, resulta irrelevante la determinación de un contenido «esencial» de la categoría, dado que la calificación de «derecho real» viene determinada legalmente. De esa manera, «No puede crearse por contrato un tipo de derecho real que la ley no conoce, ni servidumbres que no satisfagan los requisitos legales, ni derechos de retención con eficacia real» (ídem).

No es casual que la concepción del *numerus clausus* en los derechos reales se desarrolle principalmente entre los académicos del siglo XIX y XX (cfr. Lacruz 2008 T. III, vol. I: 11) con el surgimiento de los códigos ilustrados y los sucesores. La determinación legal de esta categoría obedece al desarrollo del positivismo propio de este siglo. Sin embargo, esta opción no está libre de vacilaciones.

En Andreas von Tuhr (1864-1925) (1998-1999: 141) la cuestión del «señorío» sigue teniendo un influjo para la determinación de qué es un derecho real, pese a la manifiesta subordinación al BGB:

Sin embargo, estimo que tampoco sería exacto considerar como derechos reales solamente los que el código [*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB] regula en su tercer libro, designándolos como derechos reales sobre las cosas. Cabe esta observación, ante todo, para los derechos de uso del marido y de los padres sobre las cosas que corresponden a los bienes aportados al matrimonio y al patrimonio del menor, respectivamente. Estos derechos ciertamente son diversos de los demás derechos reales, en cuanto a su nacimiento y naturaleza, por surgir de una relación del derecho de familia; pero otorgan un señorío tan inmediato sobre la cosa como el usufructo, que es más semejante a ellos y deben, por tanto, ser ubicados en tal categoría, aun cuando la ley no les aplica aquella denominación específica, impidiendo de tal manera que encuentren aplicación directa las disposiciones sobre los derechos reales.

Entre los derechos reales debe incluirse también la posesión, no obstante, no haberlo hecho el código con la expresión «derechos sobre cosas», por las peculiaridades del hecho y de los efectos que produce. Constituye una relación de señorío que todos deben respetar, el poder efectivo sobre la cosa, sin consideración del modo y a la causa de adquisición, si con derecho o contra él. Un señorío reconocido y protegido por la ley no es otra cosa que un derecho subjetivo, y, como se trata del señorío sobre una cosa, un derecho real.

De otra parte, los autores franceses Marcel Planiol (1853-1931) y George Ripert (1880-1958) —en su clásico *Traité élémentaire de Droit civil* (1901-1902)— proponen la ordenación de los derechos reales en dos grupos: (i) los «derechos reales denominados principales» —que confieren a una persona el poder de usar y de disfrutar de una cosa de manera más o menos completa— y (ii) los «derechos reales accesorios» —que afectan, en garantía de un crédito, un bien determinado—. Entre los primeros figura el derecho de propiedad, el usufructo, el derecho de uso y de habitación, la servidumbre y la enfiteusis; los segundos comprenden el privilegio, la hipoteca y la garantía deal (Planiol y Ripert 1942: 47; Mazeaud 1959: 260-261).

Sobre la cuestión de si se pueden crear derechos reales, Planiol y Ripert (1942: 55-56) señalan lo siguiente:

Ha sido muy discutida en legislación la posibilidad de [1] crear derechos reales distintos a los que el Código civil enumera, o [2] de modificar la fisonomía de los que existen. Tal posibilidad se admite sin embargo por los autores y por la jurisprudencia [...] En efecto, ningún precepto prohíbe formalmente la creación de derechos reales nuevos, o la modificación de los derechos reales establecidos [...] Es preciso por tanto respetar la libertad de contratación [...]

De entrada, podemos resaltar que, de la revisión de las *fuentes*, la discusión alemana sobre el *typenfixierung* y el *typenzwang* no era ajena a los autores citados —y por extensión, a los juristas franceses de inicio del siglo XX—; esto es, por un lado, la posibilidad de crear nuevos derechos reales y, de otro, la de modificar la fisonomía de los que existen. Aunque, en principio, se muestran favorables a las soluciones que promueven la libertad de los particulares, Planiol y Ripert advierten un par de obstáculos de orden práctico en desmedro de estas:

En primer lugar, el derecho real así creado tiene como contrapartida necesaria una obligación impuesta a toda persona de respetar la situación del titular. Ahora bien, esa obligación pasiva para terceros no puede resultar de la voluntad del acreedor: es preciso que exista con anterioridad a la creación del derecho. Lo terceros sólo están obligados a respetar este nuevo derecho porque ellos tenían ya la obligación de respetar el derecho del constituyente. Es preciso concluir que el derecho real así creado no puede ser más que un desmembramiento del derecho anterior. La ley ha previsto la mayor parte de estos desmembramientos, aunque se puede imaginar algunos otros.

El primer obstáculo es corolario de la definición kantiana de los derechos reales compartida y difundida por los autores, esto es, «[...] el derecho que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada [...]» (*ibidem*: 47), la cual opera como un axioma.

Así, se argumenta que los particulares no pueden crear nuevas obligaciones contra los terceros, en consecuencia, solo se pueden «crear» nuevos derechos reales en tanto estos sean desmembraciones de un derecho anterior, con lo cual, en realidad, se dificulta mucho a los particulares crear nuevos tipos de derechos reales.

En este razonamiento se advierte con facilidad la sujeción de los citados autores a la noción *francesa* de los derechos reales, esto es, ver estos como meras «desmembraciones» de la propiedad. Por ello, sostenemos con algún grado de certeza que los académicos franceses de inicios del siglo XX no conceptualizaron propiamente una noción de «categoría de derechos reales». Su noción de estos era más afín a la noción romana y del *Brachylogus Iuris Civilis* de figuras individuales no «tipificadas» sin reglas generales aplicables a toda la categoría, solo «desmembraciones» de la propiedad.

La otra objeción de orden práctico propuesta por Planiol y Ripert (*idem*) es la siguiente:

En segundo lugar, la constitución del derecho real generalmente no es eficaz contra los terceros más que por medio del cumplimiento de ciertas formalidades de publicidad. Si el constituyente o el nuevo titular no pueden cumplir estas formalidades, ¿podrá el derecho creado invocarse contra terceros y conferirá a su titular ventajas de la realidad? La solución es dudosa. Las formalidades de la publicidad no pueden ser legalmente cumplidas más que con relación a

derechos y actos que entren en la categoría prevista por la ley. De ahí una nueva dificultad para crear derechos reales nuevos, invocables en perjuicio de terceros o, por lo menos, en los cuales la alegabilidad [sic] frente a éstos no pueda ser discutida.

Ciertamente uno de los inconvenientes en relación con las formas «flexibilizadas» de los tipos en los derechos reales es su publicidad, sin embargo, esa discusión se centra en el plano de la eficacia del derecho, mas no en el inconveniente de su fuente de lo cual se trata la regla del *numerus clausus*.

Aún más, si se considera que el problema de la eficacia no es solo cuestión de los derechos reales que se pudieran crear, sino de cualquier situación jurídica subjetiva susceptible de ser vulnerada por un tercero. Por ejemplo, todas aquellas situaciones jurídicas que se generan a través de los contratos que vinculan a las partes con los terceros (contrato a favor de tercero, la cesión de posición contractual, el contrato con cláusula de persona a nombrar, la promesa del hecho o la obligación de un tercero, incluso la figura de la «tutela aquiliana del crédito») y que implican una excepción al principio de relatividad en los contratos.

La postura de Planiol y Ripert se muestra algo ambigua, aunque con una mayor predilección por mantener las reglas del *numerus clausus* y de la fijación del tipo. Cabe precisar que ambas objeciones planteadas por los autores se enfocan en el problema de la fuente de los derechos reales, sin embargo, no parecen advertir inconveniente sobre la posibilidad de admitir cierta modificación de la llamada «fisonomía» de los derechos reales. Tampoco se analiza la posibilidad, como lo proponemos en esta investigación, de una coexistencia de una regla de *numerus clausus* y la flexibilización del tipo.

Para Henri, Léon y Jean Mazeaud (1959: 262-263) la regla del *numerus clausus* implicaba un elemento diferenciador entre los derechos reales y personales. Asimismo, la regla del *numerus clausus* se justificaba tanto en un plano teórico como práctico:

Desde el punto de vista teórico, se destaca que se encuentran solamente en presencia una persona y una cosa; los derechos sobre la cosa no pueden, pues, resultar de un concurso de voluntades (la voluntad del titular del derecho puede transmitir ese derecho real a otro, pero no crearlo); [1] es únicamente la ley la susceptible de crear los derechos reales, [2] de precisar los poderes de una persona sobre una cosa; por eso no existen fuera de la ley.

Con una estructura argumentativa similar a la postura de Planiol y Ripert, los hermanos Mazeaud parten de un axioma que define al derecho real: la relación «sujeto-objeto». A partir de esto, sostienen —sin mayor fundamento adicional— que solo el ordenamiento jurídico puede regular esta relación. Aunque se expone un argumento tautológico, resulta evidente su posición a favor de la «fijación del tipo» y el *numerus clausus*.

En relación con el argumento de orden práctico, las *Leçons de Droit civil* (1900), a la letra, señalan lo siguiente:

En el plano práctico, los derechos reales, por ser oponibles a terceros, pueden perjudicarlos; por eso conviene que el legislador los defina y que limite su número. Se exige además y con frecuencia que el derecho real sea publicado para ser oponible a terceros. Ahora bien, en muchos casos sería difícil publicar un derecho real todavía desconocido; porque no existiría entonces ningún procedimiento oficial de publicidad. Es así como ha negado la Corte de casación que produzca efecto un derecho real que recae sobre los buques y que es especial de Inglaterra, la anticresis [...]

Este argumento es posteriormente reproducido por Planiol y Ripert como observamos líneas arriba. Por las mismas razones arribas expuestas, consideramos que el problema de la oponibilidad es distinto de aquel de la generación o existencia del derecho. Asimismo, tampoco es exclusivo de los derechos reales el problema de la oponibilidad y el perjuicio hacia los titulares por parte de los terceros.

Ahora bien, como se observa, la academia francesa ha sido bastante reacia a la admisión de nuevos tipos de derechos reales, así ocurrió con la superficie, con la anticresis y ahora con los *droit réels de jouissance spéciale* (Mezzanote 2013). Esto implicó que, pese a conocer y distinguir el ámbito de la «fijación del tipo» y el *numerus clausus*, se mostraran contrarios a admitir cierta flexibilización del tipo del derecho real y, menos aún, adoptar una regla de *numerus apertus*.

A modo de conclusión preliminar, debemos anotar que los académicos franceses de inicios del siglo XX, ante todo, no concibieron una noción sistemática de los derechos reales como una categoría que agrupaba a un conjunto de figuras y de la cual se extraían determinadas reglas generales. Si bien había una noción de «derechos reales» que se definía y clasificaba, a esta categoría no se le asociaban un conjunto de reglas propias como su forma de adquisición, extinción, duración, criterios de interpretación e integración, etc.

Todo ello se expresó en la noción de «desmembraciones» del derecho de propiedad. La academia francesa de esta época estudiaba cada derecho de forma particular y puntual, siendo preponderante la figura de la propiedad privada. Esta forma de estudiar la categoría de los derechos reales se tradujo en la regulación de los códigos civiles latinoamericanos de mediados hasta fines del siglo XX, tal vez, favorecido por las traducciones al español que se hicieron de los clásicos durante las décadas del 50 y 60.

Ahora bien, esta concepción del derecho real como «desmembración» hizo poco admisible en la academia francesa las formas flexibles del tipo del derecho real —más aún si no se concebía un «tipo»— y, con mayor razón, una regla de *numerus apertus*.

Sin embargo, es importante resaltar que las nociones y las discusiones sobre la «fijación del tipo» y el *numerus clausus* no eran ajenas a la academia. Se conocía y distinguía —ya desde inicio del siglo XX— ambas dimensiones de la ordenación de los derechos reales, sin embargo, al ser renuentes a toda forma no prevista en la norma de «desmembraciones» resultaría, pues, absurdo concebir también una flexibilización de los derechos reales, dado que terminaría creando derechos reales menores de forma indirecta.

Todo esto resulta importante tenerlo presente, pues como se menciona, esta concepción modeló el pensamiento jurídico latinoamericano de mediados del siglo XX hasta nuestros días. Esta suerte de «ficciones del derecho latinoamericano» (Esquirol 2014) de la «europeidad» se materializó en normas y en el pensamiento del jurista nacional, por ello, no resulta extraño que los manuales de derecho reales reflejen esta idea de «desmembración», de «derechos reales menores» y, por su puesto, que no la admisión de la «flexibilización del tipo» sería una forma indirecta de crear nuevos derechos reales. Concepción y visión que no compartimos, y que importa graves taras a la admisión de nuevos fenómenos apropiativos que se desarrollan en la práctica jurídica como veremos más adelante en este trabajo.

Sobre el análisis del *numerus clausus* como regla inmanente de los derechos reales, en Alemania, Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963) señala que: «El ámbito de los derechos reales —al contrario de lo que sucede en el Derecho de obligaciones— se concibe como limitado (*numerus clausus*). Es decir, que no puede cada uno crear tipos nuevos y distintos a su conveniencia» (Hedemann 1955: 32).

En esa línea, el maestro Lodovico Barassi (1873-1961) afirma que: «[...] únicamente existen aquellos tipos de derechos reales que la ley admite expresamente, pues, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones obligatorias, está excluida su libre formación. Es decir, los derechos reales están determinados conforme a un *numerus clausus*» (Barassi 1955: 113).

La contribución de la concepción del *numerus clausus* en los derechos reales también busca superar la noción de derechos reales como una categoría que mantiene como único atributo el ser «opuesta» a las relaciones jurídico-obligacionales, cuestión presente desde la *summa divisio* de la Baja Edad Media.

De esta manera se enfoca en la (poco clara) delimitación de «[...] tipos derechos de dominación bien determinados en su contenido [...]» (Westermann 2007 vol. I: 49). De esta manera se comienza a observar una clara limitación a la autonomía privada<sup>16</sup>, esencialmente, en la proscripción de creación de nuevos tipos de derechos reales. Al respecto, Harry Westermann (1909-1986) (ídem) afirma que:

Con ello, se manifiesta, ante todo, en contra de una libre creación de los citados derechos a través de la autonomía privada y parte del llamado ***numerus clausus*** de los derechos reales. Al mismo tiempo, fija imperativamente el contenido de los poderes vinculados a la titularidad de tales derechos. Se habla, por ello, de **imperatividad de los tipos** o de **tipos fijos**<sup>17</sup>, lo que ha de ser entendido como principio rector de una concepción del Derecho de Cosas independiente del Derecho de obligaciones. Estos principios legislativos limitan la libertad de configuración de los particulares y conducen, además, a que las modificaciones jurídico-negociales de la titularidad del derecho y del contenido de las mismas [sic] sólo puedan ser viables a través de las formas legislativamente previstas de los llamados negocios de disposición.

En efecto, los derechos reales se agotan en aquellos predispuestos por el ordenamiento jurídico por medio de la identificación de un cierto número de situaciones específicamente individualizadas (Tipos) y la consiguiente imposibilidad de crear nuevas situaciones («jurídico-reales») adicionales a las taxativamente previstas (Breccia 1987: 403).

Si bien la comprensión de la categoría de los derechos reales como un *numerus clausus* no es exclusivo del desarrollo jurídico del siglo XX (cfr. Comporti 2011: 217-231) (ni del *civil law* [Akkermans 2008; Merryman 1963]), no es menos cierto que en esta época alcanzó una plena

---

<sup>16</sup> «Uno de los principios fundamentales del ordenamiento es dado de la tipicidad de los derechos reales. Mientras las partes son libres de celebrar, en su autonomía negocial, cualquier tipo de contrato, con cualquier contenido (art. 1322 c.c. [*Codice Civile*]); por el contrario, no son libres de constituir nuevos derechos reales, diversos de aquellos expresamente disciplinados del código civil» (Bessone 1986: 3).

<sup>17</sup> Sobre el *numerus clausus* (*Typenzwang*) y su distinción con la imperatividad de los tipos o de tipos fijos (*Typenfixierung*) en el derecho alemán, se tratará más adelante.

aceptación en la academia que no escatimó en resaltar sus virtudes. Un ejemplo lo encontramos en Martin Wolff (1872-1953) (1971 vol. I: 14):

El CC [BGB] volvió a adoptar el sistema romano del *numerus clausus*, y deja a la disposición de las partes sólo un número restringido de tipos fijos de derechos. Este número es mayor que en el derecho común, y el derecho territorial en las esferas a él reservadas, lo aumenta aun con toda clase de figuras. [...] La exclusión de la autonomía de las partes, que era el fin perseguido por esta limitación forzosa de los tipos, favorece la claridad y abarcabilidad de las relaciones jurídicas reales. Sobre todo, tratándose de fincas, tanto en los distritos rústicos como en los urbanos conviene que la propiedad esté a resguardo de una multiplicidad de gravámenes imposibles de prever [...] Así, pues, la creación de cualquier nuevo derecho real por acuerdo de las partes queda excluida, aunque por otra parte tampoco está aquí cerrado el camino a la marcha evolutiva del derecho.

La concepción del *numerus clausus* en los derechos reales expresa la existencia a un límite legal, una reserva legal, a la creación de nuevos tipos en los derechos reales. Esta decisión del legislador obedece a una línea política del derecho bastante precisa:

No se quiere gravar la propiedad de pesos ulteriores respecto de aquellos expresamente disciplinados por la ley y, al mismo tiempo, se quiere tutelar a quien entra en relación con el propietario, o el titular del derecho real menor, con la finalidad de ponerlo en condición de conocer con exactitud la amplitud de los propios derechos; tutela del propietario, luego, la de los terceros (Bessone 1986: 3).

Este discurso ha sido mantenido y, sin duda, es el de mayor aceptación en nuestra tradición jurídica, esto es, el de una liberalización de la propiedad.<sup>18</sup> La política legislativa en relación con los derechos reales, en consecuencia, busca favorecer su libre circulación. Por ello, la defensa del *numerus clausus* también ha sido motivada en aquel temor de una propiedad fragmentaria y extremadamente gravada rezagada en la Baja Edad Media (Wolff 1971 vol. I: 13-14; Lacruz 2008 T. III, vol. I: 11-12). A partir de esta regla se desarrolla una noción de tipicidad que se agota en el *numerus clausus*, llegando a identificarse con esta regla.

Es decir, se entiende la tipicidad, por un lado, como «fijación de tipos» y, de otro, como *numerus clausus*. De esta manera, la idea de tipicidad (como *numerus clausus*) presenta una fuerte carga axiológica expresada bajo la forma de «circulación» o «liberalización» de la propiedad privada; y, que, de ninguna forma se admite flexibilización de ella.

Esto también puede observarse, por ejemplo, en autores más recientes como Rescigno (1997: 524) desde la denominación del apartado en que desarrolla su idea:

127. *Tipicidad y características de los derechos reales sobre cosa ajena. Obligaciones y cargas reales* — Los derechos reales de goce catalogados determinan la elección consentida para los privados que

---

<sup>18</sup> «[...] Este principio [el *numerus clausus*] representa actualmente, más que la expresión de una regla positivamente codificada, una cláusula general de orden público económico, que sintetiza las cuestiones de política jurídica que, en los distintos sistemas legislativos, representan la estructura de los intereses privados sobre los bienes; en consecuencia, ha llevado a reconocer que su concreta aplicación, al modo de otras cláusulas generales del sistema, no pueda prescindir de una constante verificación de su fundamento racional, y de los intereses de carácter general que, en un determinado momento histórico y económico, justifican la evidente limitación que aquel principio impone a la capacidad negocial de los privados» (Mezzanotte 2013: 857-858).



desean limitar la propiedad de un bien constituyendo un derecho a favor de un sujeto, o un peso sobre la cosa en ventaja de otra. Este dato puede explicarse con la afirmación del número cerrado de los derechos reales, contra el principio de la libertad de los privados en el campo de las relaciones obligatorias. En el régimen de los derechos reales de goce la primera nota común es, luego, de representar un elenco taxativo de esquemas económicos consentidos a la autonomía negociada de los privados [...] la limitación del derecho de propiedad aparece justificada solo de la efectividad del ejercicio del derecho que la restringe.

Todo lo anterior llevó a que el *numerus clausus* sea sustentado como una cuestión de orden público, reflejo de la mutación de la concepción individualista de la propiedad hacia una más «social». Bajo esta óptica, la regla del *numerus clausus* viene justificada sobre las bases objetivas y de interés general, «[...] y así se aduce el carácter de orden público de la normativa reguladora de la estructura de la propiedad y de los otros derechos reales, considerando su particular interés social [...]» (Comporti 2011: 222). Incluso este mismo autor afirma que el *numerus clausus* y la tipicidad (distingue ambas categorías) son mecanismos que evita los abusos de «los más fuertes» frente a «los más débiles» (*ibidem*: 227) y que la supresión de este principio sería inconstitucional (*ibidem*: 231).

Por todo lo anterior, tenemos que la concepción desarrollada durante los fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, en torno a la regla del *numerus clausus* aplicada a los derechos reales, tiene las siguientes características:

- El concepto de «tipicidad» se comenzó a asociar al de *numerus clausus* con lo cual algunos autores identifican un sistema de *numerus apertus* con un régimen «atípico» de derechos reales, confundiendo la determinación del contenido del tipo del derecho real con la fuente de este.
- La regla de *numerus clausus* cumple la función de identificar a aquellos derechos y cargas reales que son admitidos por el ordenamiento jurídico, en tanto, que son las únicas desmembraciones de la propiedad permitidos por la ley.
- La regla de *numerus clausus* es revestido de una fuerte carga axiológica elevándolo a una cuestión de orden público, en tanto, refiere a la estrecha relación entre sujeto y objeto que el ordenamiento jurídico no puede dejar al arbitrio de los particulares.
- La regla de *numerus clausus* es inmanente a los derechos reales por ser estos una forma de ordenación del fenómeno apropiativo en el sistema del *civil law* dentro de la tradición jurídica occidental.

## Capítulo II. ¿Para qué sirve la regla del *numerus clausus*?: Aproximación funcional a la regla del *numerus clausus* desde los *property rights*

En este capítulo desarrollamos una aproximación funcional de la regla del *numerus clausus*, dicho de otro modo, nos enfocaremos en su utilidad dentro de la teoría de los derechos reales y la práctica jurídica. Ello con la finalidad de destacar su importancia y explicar el rol que cumple dicha regla dentro de la categoría de los derechos reales.

Para esto nos apoyaremos en cómo se ha desarrollado la aplicación práctica del *numerus clausus* en los *property rights*. Al respecto, si bien en el *common law* no existe una categoría general como los derechos reales, no deja de ser menos cierto que los *property rights* son también una categoría ordenante, en el sentido que hemos expuesto anteriormente.

Los *property rights* se comportan de manera análoga a los derechos reales, en el sentido que buscan agrupar un conjunto de figuras que tienen como elemento prototípico el régimen de la propiedad privada y que se caracterizan por atribuir *rights* (o determinados *interests*) que conceden el acceso y el control sobre recursos escasos (Swadling 2000: 204). Sin embargo, no deben ser entendidas ambas (*property rights* y derechos reales) como categorías idénticas.

La figura de los *property rights* también son regidos bajo una regla de *numerus clausus* que ha sido reconocida desde hace mucho por los tribunales. Son dos los casos más resaltantes en materia del reconocimiento de los *numerus clausus* en los *property rights*, lo que implica que los particulares no pueden crear nuevos a su antojo. El primero de ellos es *Hill v. Tupper* (1863), en el cual se otorgó un *lease* (cesión en uso) que se pretendía oponer a un tercero a la relación, estableciéndose que aquel solo otorgaba un derecho exigible a la contraparte. El segundo — y tal vez el más representativo — es *Keppel v. Bailey* (1834), en el cual el cesionario de una herrería, predecesor en *title* del demandado [cedente], prometió al demandante que tanto él como sus sucesores en *title* [«subcesionarios»] comprarían, para ser usadas en la herrería, todas las calizas que previnieran solo de una cantera en particular.

No obstante, desde hace unas décadas el *numerus clausus* en los *property rights* viene siendo objeto de atención por parte de la comparación jurídica y de aquellos que echan mano del análisis económico del derecho (no excluyéndose ambas aproximaciones en muchos estudios), siendo de mayor frecuencia las investigaciones en este segundo grupo, como veremos enseguida.

Las aproximaciones desde el análisis económico del derecho a la regla del *numerus clausus* del *common law* buscan «justificar» (no cuestionar o plantear su eliminación) la regla desde su funcionalidad (¿para qué sirve el *numerus clausus*?). En este capítulo prestaremos especial atención a estas distintas *funciones* que han sido atribuidas a la regla del *numerus clausus*.

### 2.1. El *numerus clausus* como limitación a la excesiva fragmentación de la propiedad

#### 2.1.1. El *numerus clausus* como regla del principio de limitación y la tragedia de los anticomunes

En 1999, Michael Heller publicó «*The Boundaries of Private Property*» en el cual sostiene que existe un «principio de limitación» (*boundary principle*) oculto dentro del ordenamiento jurídico que restringe el derecho de subdividir la propiedad privada en «fragmentos derrochadores»

(*wasteful fragments*), en un sentido contrario a un adecuado o eficiente aprovechamiento económico.

El *principio de limitación* desarrollado por Michael Heller puede ser definido como un corolario práctico y realista de la propiedad consolidada (*sole ownership*), esto es, la noción más tradicional que tenemos en el *civil law* de la propiedad privada de herencia romanista. Esta propiedad consolidada refiere a la relación entre un propietario de un recurso y el mundo exterior.

Este principio de limitación implica principalmente centrar la atención sobre las relaciones internas entre múltiples propietarios de un simple recurso. Cuando los recursos están tan fragmentados que los mecanismos de gobierno interno podrían fallar y la multiplicidad de propietarios no puede gestionar de manera productiva el recurso en relación con el mundo externo, entonces los fragmentos de la propiedad no son más útiles de proteger como una propiedad privada (Heller 1999: 1201).

El enfoque más común para delimitar la propiedad privada ha sido a través del lenguaje de la alienabilidad, entendida hoy como libertad para fragmentar (por ejemplo, la facultad de restringir la propiedad privada de nuestro Artículo 926 del Código Civil) y transferir la propiedad libremente. Los académicos del desde el siglo XIX hasta la actualidad (tanto en el *civil law* como en el *common law*), preocupados por dicho concepto, justificaron el aumento de la alienabilidad para erradicar los restos feudales. Hoy, se sostiene con frecuencia que la alienabilidad sin límites ayuda a asegurar un recurso eficiente.

En adición, permitir la fragmentación incrementa la alienabilidad para el actual propietario, y posiblemente para los futuros propietarios si los *fragmentos* son también enajenables. Si uno se enfoca sobre la actual libertad de un propietario para enajenar libremente su propiedad y asumir que los fragmentos son fácilmente transferibles, entonces las reglas de limitación podrían parecer anacrónicas a los objetivos de quienes buscan mejorar el sistema de propiedad.

Sin embargo, y aquí la importancia de la teoría de la limitación de Heller, dicha fragmentación disminuye la alienabilidad desde un punto de vista social porque los *future interests* puede ser costosos y los futuros propietarios no tendrán acceso a propiedades no fragmentadas (un *fee simple*). Por lo tanto, rara vez está claro si la alienabilidad se refiere a la libertad del propietario actual o futuro para disponer de la propiedad indivisa (Heller 1999: 1199).

Por ejemplo, imaginemos que se concede un *future interest* de recuperar la posesión a un nuevo tipo de *lease* o *tenancy* (cesión de uso de un predio). Esto significaría que los sucesores en el título de quien concedió dicho *lease* estarían compelidos a respetarlo. El problema de la fragmentación excesiva se presenta al momento de su reunificación.

En un mundo de «transacciones sin costos» (*transaction-costless world*) libre de cualquier sesgo cognitivo, las reglas de limitación serían menos cruciales porque las personas podrían negociar perfectamente para reunir recursos fragmentados y ponerlos en su valor más elevado, y no jugarían un rol mejorando la asignación eficiente de los recursos. Sin embargo, a causa de que vivimos en un mundo con costos de transacción, comportamientos estratégicos, y fallas cognitivas, los recursos podrían ser desperdiciados, aunque ningún fragmento individual sea estrictamente inalienable (*ibidem*: 1201).

Los mecanismos de antifragmentación responden a las fallas predecibles en la negociación que lleva a los propietarios a desperdiciar los recursos que controlan de forma conjunta. Para ser eficiente como institución económica y útil como construcción teórica, la propiedad privada requiere los mecanismos prácticos del principio de limitación tanto como requiere la posibilidad de una propiedad consolidada (*sole ownership*) (*ibidem*: 1201-1202). Por ello es deseable una restricción o control previo a la fragmentación de la propiedad, a través de una regla del *numerus clausus*.

### **2.1.2. El *numerus clausus* como regla del principio de unidad funcional de la propiedad y la entropía en la propiedad**

Francesco Parisi (2002: 1-2) sostiene que la propiedad privada se encuentra sujeta a una *ley fundamental de entropía*, esto es, afectada por un sesgo unidireccional que la dirige al incremento de su fragmentación. Esta inercia unidireccional implica que reunificar los *property rights* fragmentados involucra costos estratégicos y de transacción más elevados a los que se incurrió en el acuerdo original de división o fragmentación.

Por ello, como reacción a la tradición feudal de excesiva fragmentación y subdivisión de la propiedad privada, Parisi (2002: 13) sostiene que la jurisprudencia racionalista del siglo XVIII y las codificaciones modernas del siglo XIX revivieron varios de las reglas importantes del derecho romano sobre la propiedad, relanzándolas como principios generales del *civil law*. Los principios de unidad en la propiedad son agrupados bajo los encabezados de (i) unidad funcional, (ii) unidad física y (iii) unidad jurídica. Estos principios contribuyen de distintas maneras a los problemas del control de la entropía en la propiedad.

El principio de unidad funcional en la propiedad implica que el titular de un *property rights* (en general) solo puede transferir el conjunto entero de derechos, privilegios y poderes que tiene dicho *property rights*. Los acuerdos que transfieren en menor medida estos derechos, privilegios y poderes solo son permitidos de forma excepcional y en un número limitado de casos. En esta regla se sustenta la noción clásica de *full ownership*, como un todo, un bloque de *bundle of rights*.

El *numerus clausus* es una importante expresión del principio fundamental de la unidad funcional que yace en el moderno *Law of Property*. La finalidad de esta regla es prevenir que los particulares creen nuevos *property rights* que difieran de aquellos expresamente reconocidos por el sistema jurídico. Los códigos modernos limitan el nivel permisible de fragmentación funcional de la propiedad y proveen de protección solo para específicos y socialmente deseables *property rights*, incluso en aquellos sistemas jurídicos donde no existe una codificación formalmente (Parisi 2002: 13-16).

La *entropía* ocurre cuando un recurso escaso se divide en fragmentos incompatibles, por lo que se renuncia a su correcta complementariedad. Aunque puede resultar razonable las divisiones iniciales de la propiedad, posteriormente, sin embargo, puede surgir una posibilidad de explotar las complementariedades que solían existir entre diferentes partes de la propiedad ahora fragmentada. Aquello que inicialmente es una elección atractiva se torna subóptimo posteriormente por el costo asociado a la reunificación de la propiedad fragmentada (Parisi 2002: 27).

La entropía de la propiedad se centra en controles normativos *ex ante* y *ex post facto*, estableciendo mecanismos iniciales para contrarrestar la inicial fragmentación de la propiedad y, luego de ocurrida esta, promoviendo su reunificación. El caso de la regla del *numerus clausus* opera como un control *ex ante* que busca limitar todos aquellos convenios restrictivos que graven a la propiedad en toda circunstancia y por la eternidad, por ello se establece una lista taxativa de *property rights* que pueden tener una fuerza vinculante tanto a las personas que acordaron establecerlo como para los sucesores en el título. Aquí la fuerza de esta regla.

## 2.2. Crítica a las teorías del *numerus clausus* como limitación a la fragmentación de la propiedad

Las teorías de Michael Heller y Francesco Parisi expuestas en esta sección postulan que el *numerus clausus* tiene por finalidad evitar la excesiva fragmentación de la propiedad. En consecuencia, la regla del *numerus clausus* opera como un mecanismo *ex ante* destinado a evitar una tragedia de los anticomunes, y el consecuente sub-aprovechamiento de los recursos, producida por la excesiva e ineficiente fragmentación de la propiedad. La ineficiencia se explica en dos situaciones: la reunificación *ex post* de todas las titularidades y el sub-aprovechamiento por las exclusiones recíprocas entre los titulares.

La primera crítica que se formula contra este postulado sostiene que el *numerus clausus* aplicado a la teoría de los anticomunes solo estaría referida a la limitación de titularidades, mas no los tipos de *property rights*. En otras palabras, con la «tragedia de los anticomunes» solo se previene que existan demasiados titulares sobre un bien, mas no que existan muchos tipos de *property rights*<sup>19</sup> (Merrill y Smith 2000: 51-54; Munzer 2005: 156; Akkermans 2015: 12; Davidson 2008: 1626-1627; Hansmann y Kraakman 2002: S418; Lewinsohn-Zamir 2003: 1731).

La segunda crítica refiere a que se parte del sesgo de la propiedad unificada como parámetro de eficiencia. Esto se muestra en la propia ley de entropía como una necesidad y la reunificación como un comportamiento cíclico de la propiedad. No es cierto que, en todos los casos, se tenderá a una excesiva fragmentación de adoptarse una regla *numerus apertus*. La adopción de una regla *numerus apertus* no conlleva una necesaria fragmentación excesiva de la propiedad.

La tercera crítica consiste en no advertir que los costos de reunificación (esto es, que las partes acuerden la reunificación de la propiedad fragmentada) es un corolario de la «regla de propiedad» (Calabresi y Melamed 1972: 1090) presente en los *property rights*, es decir, que toda remoción de la titularidad debe ser por acuerdo. Ergo, los costos de reunificación no dependen de una regla *apertus/clausus*, sino más bien del grado de protección de una titularidad (propiedad/responsabilidad).

Una cuarta crítica indica que es difícil entender cómo las personas pueden establecer voluntariamente prácticas ineficientes *ex ante* y cómo es posible justificar la conveniencia social de las limitaciones a la libertad contractual, ya que no se identifica una falla específica del mercado. Por tanto, la descripción del fenómeno de la entropía de los derechos de propiedad puede ser una descripción probable del mundo real. Sin embargo, la prescripción para limitar la libertad de las personas para establecer derechos de propiedad atípicos para

---

<sup>19</sup> Pensemos, por ejemplo, que hubiere solo dos tipos de derechos reales: propiedad y usufructo, incluso en ese escenario se podría llegar a una tragedia de los comunes si existieran muchos co-usufructuarios y copropietarios sobre un bien con derechos de exclusión o poder de veto para el uso del recurso.

evitar tal entropía no puede compartirse, aunque parezca explicar, desde un punto de vista histórico, algunas elecciones hechas por los legisladores (Baffi 2007: 12; Hansmann y Kraakman 2002: S418-S419).

En resumen, si bien la teoría de los anticomunes y su tragedia desarrollan un escenario novedoso y delimita los alcances de la propiedad privada en términos de *open-access* y *full-exclusion*, siendo un interesante campo de estudio y adopción de remedios para evitar las «tragedias», no deja de ser menos cierto que esta teoría no explica de manera suficiente la función del *numerus clausus* dentro del ordenamiento jurídico.

### 2.3. El *numerus clausus* como mecanismo para la estandarización óptima: la teoría de la comunicación o teoría de la estandarización óptima

La teoría de la «comunicación»<sup>20</sup> o teoría de la «estandarización óptima» es sostenida por los profesores Thomas W. Merrill y Henry E. Smith quienes afirman que permitir una libre configuración de nuevos tipos de *property rights* generaría costos externos sobre los terceros, bajo la forma de costos de estimación. Es decir, se justifica la existencia de una regla de *numerus clausus* en los *property rights*, toda vez que esta regla permite que los terceros puedan estimar los alcances de un derecho, así como evitar que en el ejercicio de sus propios derechos puedan contravenir otros, a través de la estandarización de aquellos. La estandarización de estos *property rights* reduce los costos de estimación [*measurement costs*] (Merrill y Smith 2000: 8).

La teoría de la comunicación plantea una justificación de la regla de *numerus clausus* frente aquel intento infructuoso, según Merrill y Smith, desarrollado desde la teoría de los anticomunes de Michael Heller que denuncia la excesiva fragmentación de la propiedad, dentro de la cual el *numerus clausus* sirve para prevenir la situación en la cual demasiados individuos tienen un derecho de veto sobre el uso o disposición de un recurso.

La crítica de Merrill y Smith (2000: 51-54) se fundamenta en que el *numerus clausus* aplicado a la teoría de los anticomunes solo estaría referida a la limitación de titularidades, mas no los tipos de *property rights*. En otras palabras, con la «tragedia de los anticomunes» (Heller 1998) solo se previene que existan demasiados titulares sobre un bien, mas no que existan muchos tipos de *property rights*.

La estandarización busca, desde un punto de vista social, «[...] minimizar la suma de los costos de estimación (y error), costos de frustración y costos administrativos» (Merrill y Smith 2000: 38). Por ello, la teoría de la comunicación o de la estandarización óptima se aleja de una simple disyunción entre *numerus apertus* o *numerus clausus*, puesto que, en uno u otro escenario se puede llegar a una regla óptima. Dependerá de cómo se formule la regla principal (*numerus clausus* o *numerus apertus*) y las reglas «accesorias» a esta. Por ejemplo, si se adopta una regla de *numerus clausus* será importante que se cuente con un número amplio de tipos bien definidos. La estandarización viene en grados.

Así la estandarización se plantea como una interrelación entre los costos de estimación y de error, de una mano, y los costos de frustración, de otra. De lo cual se tiene que, si aumenta

---

<sup>20</sup> La denominación de teoría de la «comunicación» se debe a que se suele atribuir como uno de sus principales postulados el sostener que unas de las virtudes del *numerus clausus* es facilitar la comunicación entre las personas que transan sobre *property rights*.

el número de *property rights*, los costos de estimación y de error, también; mientras que la reducción de *property rights* generaría el aumento de los costos de frustración en los privados. Entonces, un planteamiento coherente e interrelacionado, conllevaría afirmar que «[...] una posición de restricción completa a permitir formas adicionales de *property rights* debería reducir los costos de la frustración más de lo que aumenta los costos de estimación y error a terceros y los costos administrativos. Por el contrario, si se parte de una posición de personalización completa de los derechos, aumentar el grado de estandarización debería reducir los costos de estimación y error y los costos administrativos más que los costos de frustración que conllevarían» (Merrill y Smith 2000: 38).

El principio del *numerus clausus* puede verse desde esta perspectiva como un dispositivo que lleva al sistema de *property rights* (así como en los derechos reales) hacia el nivel óptimo de estandarización. El *numerus clausus* establece un equilibrio entre los extremos de la restricción completa y la completa libertad de personalización, y conduce así a un sistema de *property rights* que está más cerca de ser óptimo que el que sería producido por cualquiera de las posiciones extremas.

#### 2.4. Críticas a la teoría del *numerus clausus* como mecanismo para la estandarización óptima

La primera crítica está referida a que no solo las normas jurídicas que rigen los contratos permiten «personalizar» («*customize*») los derechos, sino también los *property rights*/derechos reales dentro del límite del contenido de estos derechos por lo que se presenta como un tipo flexibilizado, siendo necesario distinguir el ámbito del *numerus clausus* (*typenzwang*) de la fijación del tipo (*typenfixierung*). En ese sentido, el ámbito de autonomía de los privados está presente tanto en *contract* como en *property*, pero en medidas distintas. Por ello, el *numerus clausus* no es contraria a la libertad de los particulares, luego, no genera costos elevados de frustración para estos. La *estandarización* estaría más referida a la fijación del tipo antes que al *numerus clausus*.

La segunda crítica se enfoca en la premisa que el *Law of Property* tiene un rígido sistema de *numerus clausus* con un reducido número *property rights* bien definidos. El *numerus clausus* en el *common law* se asemeja más a un catálogo de opciones referenciales para los particulares, antes que a una limitación reducida de tipos. Incluso no se podría afirmar que existe un número exacto de *property rights*, a diferencia de cualquier código que tiene una lista taxativa de tipos.

Si bien el *numerus clausus* no implica un número reducido y bien definidos de derechos sino una limitación en su fuente de creación, no deja de ser menos cierto que un extenso catálogo de derechos (*estates e interest*) no se asemeja mucho de un rígido sistema de *numerus clausus*. Este factor influye significativamente en la estimación del costo de frustración.

La tercera crítica se encuentra en la identificación de un costo de información asociado a la categoría de «otros participantes del mercado». Dentro de este grupo se encuentran: (i) quienes adquieren bienes similares y (ii) quienes deben evitar la violación de los *property rights* en tanto estos son exigibles «contra todo el mundo» (*against the world*).

Al respecto, si bien es de suma importancia centrar la atención sobre los «otros participantes del mercado», también se debe considerar que dichos costos de información y su internalización ya son asumidos por quienes se encuentran en el tráfico jurídico, sea a través

de búsquedas en un sistema registral (*civil law*)<sup>21</sup>, o sea por medio del traslado y diversificación del riesgo a través del sistema de *indemnity insurance (common law)*. Bajo esta premisa, el costo marginal incurrido en identificar un *property rights*/derecho real *idiosincrásico* es reducido. Por ello, las políticas gubernamentales deben enfocarse en reducir dichos costos *ex post* antes que limitar la creatividad de los agentes *ex ante*.

La cuarta crítica se halla en que los costos de información asociados a la categoría de «otros participantes del mercado» disminuirían de manera progresiva conforme las nuevas formas de *property rights* alcanzaran cierta estandarización generada por la propia práctica jurídica. Es decir, mientras más usada sea la nueva forma los costos de averiguar las características del nuevo *property right* y evitar su trasgresión decrecerá, reduciendo significativamente los costos de información con el tiempo.

La quinta crítica se refiere a que, en los sistemas jurídicos (*civil y common law*), las limitaciones legales sobre la creación de *property rights* toman la forma, no de una estandarización dirigida a un pequeño número de tipos bien-definidos, sino de regulación de «tipos», o «categorías» de *property rights*. En ambos sistemas es permitido que los gravámenes —que no constituyen *property rights*— puedan «correr con el activo» sea como excepción al *privity of contract (common law)* o con mecanismos que doten de una publicidad suficiente (*notice*) para su mayor eficacia u oponibilidad (*civil law*) (Hansmann y Kraakman 2002: S373 y S380-S382).

La sexta crítica se enfoca en señalar que la estandarización óptima depende más del grado de flexibilidad del contenido del *property rights* antes que el *numerus clausus*. Esto se debe a que la regla del *numerus clausus* está referida a la fuente del *property right*/derecho real, no tanto al alcance de su estandarización como un tipo fijo o su oposición a un régimen de total personalización (*customization*). Por ello, la teoría de la estandarización óptima acierta en señalar que es requerido un margen de flexibilización que permita reducir el costo de frustración, sin embargo, ello no depende de la regla del *numerus clausus (typenzwang)* —por lo que no se explica la regla del *numerus clausus* bajo esta teoría—, sino del nivel de rigidez del contenido del tipo (*typenfixierung*).

Consideramos que la teoría de la estandarización óptima tiene dos aportes bastantes relevantes, pero que deben ser vistos desde una perspectiva diferente. El primero de ellos es centrar la atención en los «otros participantes del mercado» y los costos de información en los que incurren de cara a los derechos *idiosincráticos*. Por ejemplo, pensemos en sistemas como el nuestro en el cual el registrador (y eventualmente el juez o árbitro) deben incurrir en costos para averiguar el alcance de estos nuevos derechos creados.

Adicionalmente, esto no debe verse como una necesidad para el establecimiento de una rígida regla del *numerus clausus*, sino para la adopción de políticas públicas que abaraten dichos costos o establecer mecanismos de diversificación de riesgos e internalización de costo como el seguro de título (*indemnity insurance*), cuando los terceros adviertan la presencia de los derechos *idiosincráticos*.

El segundo aporte relevante refiere a la necesidad de una estandarización óptima en los derechos reales, sin embargo, esto no depende de la adopción de una regla del *numerus clausus*, sino del alcance del contenido de dichos derechos y las consecuencias jurídicas que de dicha

---

<sup>21</sup> En similar sentido: Hansmann y Kraakman (2002: S401).



categoría se desprende. Asimismo, esta estandarización óptima debe considerar los costos de frustración de los privados que deben ser mitigados con una estandarización flexible.

## 2.5. El *numerus clausus* y las reglas de verificación: la teoría de la verificación

La teoría de la «verificación» es desarrollada por los profesores Henry B. Hansmann y Reiner H. Kraakman como una réplica a la postura sostenida por Thomas Merrill y Henry Smith (2000). Según los primeros, las limitaciones en los *property rights* a través de la regla del *numerus clausus* no sirven para estandarizar de manera óptima los *property rights*, sino para facilitar la verificación de las titularidades sobre los derechos ofrecidos para el intercambio (Hansmann y Kraakman 2002: S373).

Hansmann y Kraakman abordan el tema del *numerus clausus* desde un punto diverso. Ellos enfatizan dos problemas: la coordinación (*coordination*) y la exigibilidad (*enforcement*). Por ello parten de un escenario hipotético en que dos personas tienen un derecho equivalente en atribuciones (en sentido cualitativo) sobre un solo bien o activo (*asset*). En ese escenario, ellas necesitarán algunos medios para asegurar que comparten la misma comprensión del derecho.

La ausencia de una adecuada comprensión generaría que una de ellas pueda, por error, hacer uso inadecuado del bien. A esto se denomina problema de «coordinación». Asimismo, aún si las partes resolvieran este problema, cada una de ellas necesita asegurar que la contraparte no hará valer de manera oportunista los derechos que pertenecen a la otra. Este es el problema de la «exigibilidad». Identificando estos problemas, los citados autores indican que mientras menos efectivas sean las partes para resolver los problemas de coordinación y exigibilidad, mayor será el margen de error y oportunismo. En consecuencia, menos valiosos los derechos sobre los cuales transigen las partes (Hansmann y Kraakman 2002: S382-S383).

La solución a ambos problemas (coordinación y exigibilidad) se encuentra en establecer adecuados medios de verificación: las reglas de verificación. Para resolver el problema de coordinación, cada parte necesita medios para verificar que la otra parte entiende los derechos respectivos a cada una de ellas. Para resolver el problema de la exigibilidad, un tercero ajeno a las partes que haga cumplir el derecho, como un juez, necesita un método para verificar que las partes entiendan sus respectivos derechos (*ibidem*: S383).

En consecuencia, los problemas de coordinación y exigibilidad se presentan como una cuestión interna (que involucran a las partes) y externa (que involucra a los terceros que deben hacer exigibles los derechos). Al igual que la teoría de la estandarización óptima, la teoría de la verificación presenta un componente externo relevante que debe ser tenido en cuenta.

Debe tenerse presente que dentro de la teoría de la estandarización óptima no es irrelevante las cuestiones sobre la coordinación y la exigibilidad. En efecto, los costos asociados a la comunicación entre las partes y los costos de procesamiento de información en las «otros participantes del mercado» son expresiones del alcance externo del intercambio de derechos. Sin embargo, la teoría de la verificación presta un mayor énfasis en el comportamiento de estos problemas a través de las reglas de verificación.

### 2.5.1. La distinción entre *property rights* y *contract rights*: un necesario punto de partida

Antes de desarrollar las reglas de verificación y la función del *numerus clausus* en relación con aquellas, resulta necesario explicar brevemente la premisa de la cual parten Hansmann y Kraakman (2002) y que difiera de aquella planteada por Smith y Merrill (2000) sobre aquello que distingue a los *property rights* y los *contract rights*.

El punto de partida de la distinción entre *property rights* y *contract rights* para Hansmann y Kraakman se enfoca en el derecho de acción o petición que se genera en relación con uno y otro. La persona que acciona sobre un bien (*asset*) puede tomar la forma tanto de un *property right* como la de un *contract right*. Sin embargo, el atributo que distingue un *property right* de un *contract right* se encuentra en que el primero es exigible, no solo contra el transferente del derecho, sino también contra otras personas que poseen el bien, u otros derechos sobre el bien, de manera subsecuente (Hansmann y Kraakman 2002: S378-S379).

Como puede observarse, los autores presentan como elemento central de los *property rights* la exigibilidad de estos derechos, por tanto, una característica principal es que estos «corren con el activo» (*run with the asset*). El inquilino que renta una parcela de tierra tiene un *property right* sobre la tierra si aquel puede exigir su derecho sobre la tierra, no solo contra el arrendador que originalmente le concedió el arrendamiento, sino también contra todas las otras personas que sucedan en el título a dicho arrendador (*ibidem*: S379).

A similares conclusiones se podrá arribar del análisis de las resoluciones de *Hill v. Tupper* (1863) y *Keppell v. Bailey* (1834). En ambos casos se busca que las restricciones o pactos originarios puedan ser exigidos a los sucesores en el título de los concedentes. Resulta claro, pues, que el *common law* admite como elemento central que los *property rights* puedan «correr con el bien» y vincular a los subsecuentes titulares del derecho mayor.

Este entendimiento de los *property rights* más acorde con las cortes del *common law* difiere sustancialmente de la idea aquellos como exigibles «contra todo el mundo» (*against the world*) propuesta por Merrill y Smith (2000). Como anteriormente se mencionó esta extensión permite justificar los costos de información que se generan en los «otros participantes del mercado» que, no obstante, no resulta de tal magnitud que justifique la adopción de un *numerus clausus* destinado a la estandarización óptima. En consecuencia, consideramos más acertada la propuesta de Hansmann y Kraakman en identificar como elemento central de los *property rights* la característica de «correr con el bien».

Este punto de partida lleva al planteamiento de dos cuestiones que serán el centro de la discusión: (i) ¿por qué el ordenamiento jurídico limita la habilidad de los titulares de conceder derechos parciales sobre sus bienes que puedan ser exigidos a los sucesores en el título?; y, (ii) ¿por qué el ordenamiento jurídico limita las maneras en que los *property rights* sobre un bien pueden ser divididos?

## 2.5.2. Coordinación, exigibilidad y verificación

Habiéndose explicado brevemente el marco conceptual sobre el cual parten los autores para distinguir los *property rights* y *contract rights* resultará más sencillo desarrollar las reglas de verificación asociadas a ambas categorías.

La verificación puede darse sobre los *contractual rights* o en los *property rights*. En el caso de la verificación en los *contract rights*, estos no generan mayores complicaciones, en tanto, el propio contrato es el medio por el cual se solucionan los problemas de coordinación y exigibilidad. El contrato, en sí mismo, provee de los medios por cual las partes pueden verificar que sus respectivos derechos son de conocimiento común entre ellas<sup>22</sup> (Hansmann y Kraakman 2002: S383).

Sin duda, la cuestión se torna más difícil en los *property rights*. Esto se debe a que, atendiendo a la *vocación* de circulación que tiene el *property right*, puede presentarse supuestos en los cuales dos o más titulares de *property rights* en un determinado bien no se encuentren dentro de un *privity of contract*<sup>23</sup>, por tanto, estos dos titulares sobre un mismo bien no serían, necesariamente, contrapartes de un mismo contrato<sup>24</sup>.

Por ejemplo, partamos nuevamente de un escenario hipotético en el que A vende la mayoría de sus derechos sobre un bien a favor de B, mientras que retiene algunos derechos parciales para él mismo. El común entendimiento entre A y B se expresa en el contrato de intercambio entre ellos. Con esto, B puede transferir todos sus derechos, pero no aquellos que le pertenecen a A. De esta manera los derechos de A serán buenos contra cualquier adquirente de los derechos B sobre el bien. Seguidamente, B vende su derecho sobre el activo a C.

La teoría de la verificación trata de resolver, en este escenario, cómo A podría verificar que C comparte la comprensión de los derechos de ambos, en lugar de, por ejemplo, haber sido engañada sobre los derechos que adquirió de B; cómo haría C para verificar la naturaleza de los derechos que conservó A; o, cómo una corte puede verificar el entendimiento de ambas partes de sus respectivos derechos. De esta manera, para la teoría de la verificación, un problema central del *Law of Property* refiere a los mecanismos que debe proveer para resolver estos problemas de verificación o, como es comúnmente colocado, asegurar un efectivo conocimiento/aviso (*ibidem*: S384).

Para resolver este problema, el *Law of Property* emplea una variedad de reglas de verificación (*verification rules*). Al respecto, sostiene Hansmann y Kraakman (*idem*):

Una regla de verificación expone las condiciones bajo las cuales determinado derecho sobre un bien corre con este (*run with the asset*). Hay una fuerte relación entre las reglas de verificación y los tipos de *property rights* que el ordenamiento jurídico dispone para su reconocimiento. De hecho, estos dos conceptos (verificación y tipos de *property rights*) se encuentran estrechamente entrelazados en un cualquier régimen para los *property rights*.

---

<sup>22</sup> Cabe precisar que en el *civil law* un contrato es *invadido* supletoriamente por una serie de reglas y principios que integran el contenido del contrato por lo que el juez deberá también recurrir a estas reglas y no solo aquellas contenidas dentro del contrato mismo.

<sup>23</sup> El *privity of contract* se asemeja al principio de relatividad de los contratos contenido en el Artículo 1363 del Código Civil peruano.

<sup>24</sup> Aunque se debe tener presente que, en la actual contratación inmobiliaria, un mecanismo idóneo para incorporar a los sucesores en títulos al *privity of contract* es a través de la reglamentación interna de los distintos propietarios sujetos a regímenes que incluyen espacios de aprovechamiento exclusivo y otros de usos comunes. Es una forma de «contractualización» de los derechos reales. Por ello, quien adquiere un departamento bajo este régimen estará sujeto a todas las restricciones establecidas dentro del reglamento interno, incluso en este caso el mecanismo de verificación es doble: la publicidad registral y el reglamento interno.

## 2.6. Algunas observaciones sobre la teoría del *numerus clausus* como mecanismo para facilitar la verificación de las titularidades

La teoría de la verificación tiene como principal postulado que las limitaciones legales sobre la creación de *property rights* (*numerus clausus*) tomo la forma, no de una estandarización dirigida a un pequeño número de tipos bien-definidos, sino de regulación de tipos y grados de publicidad requeridos para establecer diferentes «categorías» o «tipos» de *property rights*. Asimismo. Estas limitaciones sirven, no para facilitar la comunicación entre las personas quienes intercambian derechos, sino para facilitar la verificación de las titularidades de los derechos intercambiados.

La primera observación es relativa a la reducción del problema de la autonomía conceptual de los *property rights* (frente a los *contract rights*) a la cuestión de la pretensión sobre el bien. En este aspecto los *property rights* sí difieren en gran medida de los derechos reales, esto es en el sentido a que estos son (en términos de Hansmann y Kraakman) una «teoría unitaria», esto es, una categoría general. Evidentemente la cuestión sobre una categoría general es irrelevante para el *numerus clausus*, más aún en el *common law*, resulta conveniente precisarlo. La importancia de los derechos reales como categoría se desarrolla en los próximos capítulos.

La segunda observación resalta que, aunque parezca contradictorio, la teoría de la verificación no concluye hallando una justificación económica a la regla del *numerus clausus* (Hansmann y Kraakman 2002: S416-417). La teoría de la verificación, propiamente aplicada, nos llevaría a sostener que, siendo los mecanismos de aviso baratos y efectivos para reducir los costos de verificación, carecería de sentido contar con una regla *numerus clausus* (en el sentido formal de límites explícitos y un reducido número de bien-definidos *property rights*/derechos reales); incluso podríamos plantear la abolición de la categoría de los *property rights*/derechos reales, si la cuestión se redujera exclusivamente a la pretensión sobre el bien y al corolario *run with the asset* (Theriatult 2011: 26-27).

El resultado de esto es de suma importancia dado que nos permite concluir (de manera simplificada) que existe una relación inversa entre la efectividad y el abaratamiento de los mecanismos de aviso y la regla del *numerus clausus*. En otras palabras, un sistema que permita, por ejemplo, la publicidad de las titularidades a través de los registros públicos justificará en menor medida la adopción de una regla de *numerus clausus*.

Cabe precisar que la cuestión del conocimiento (*notice*) juega un rol importante tanto en la teoría de la verificación como de la estandarización óptima que hemos desarrollado anteriormente. En ambas teorías la posibilidad de mecanismos efectivos y baratos de registros u otros métodos de abaratamiento de la comunicación o coordinación y exigibilidad asociado al intercambio de derechos implica un gran límite a la regla del *numerus clausus* (*ibidem*: 24).

La tercera observación está referida a que la teoría de la verificación también acierta en señalar que, en el *common law*, los *contract rights* difieren de los *property rights* debido a que estos pueden ser exigidos frente a los subsecuentes cesionarios de otros derechos sobre el bien. Por esta razón se indica que los *property rights* «corren con el activo» (*run with the asset*) y no que aquellos sean «buenos contra todo el mundo» (*good against all the world*).

Extrapolando esta apreciación al *civil law*, podemos afirmar que los derechos reales pueden ser explicados desde el plano de la eficacia negocial. Es decir, los derechos reales (al igual que los *property rights*) se pueden expresar como una excepción al principio de relatividad de los contratos y, por tanto, traen como consecuencia una eficacia mayor, a través de la extensión de la eficacia del contenido negocial que vincula a los subsecuentes titulares de otros derechos sobre el bien.

En esa línea, la idea de la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales, así como aquella del *good against all the world* aplicada a los *property rights*, no explica de manera suficiente la autonomía conceptual de los derechos reales, por lo que de esta no se desprenden verdaderas consecuencias jurídicas. Conceptos como «eficacia real» o «ergaomnicidad» carecerían de relevancia práctica, bajo estas conclusiones.

## 2.7. ¿Para qué sirve la regla del *numerus clausus*?

Luego de analizar algunas de las teorías que presentan una aproximación funcional al *numerus clausus*, retomamos la cuestión central de este capítulo: ¿para qué sirve la regla del *numerus clausus*? Es conveniente, no obstante, presentar una respuesta ya aplicada a los derechos reales y no solo desde los *property rights*.

### 2.7.1. Sobre el carácter residual del *numerus clausus*

De todo lo anterior, podemos afirmar que la regla del *numerus clausus* tendrá mayor relevancia en sistemas donde primen los mecanismos de verificación de derechos más costosos y menos efectivos. Por ejemplo, si nos situáramos en la Francia posrevolucionaria, sería conveniente establecer una rígida regla del *numerus clausus*, puesto que, si los particulares crearan nuevos tipos distintos a los establecidos en el *Code Civil*, los sucesores en los títulos, los jueces e, incluso, las propias partes originarias creadoras de este derecho tendrían serios problemas para definir los alcances de estos nuevos derechos. Esto crearía un serio problema de coordinación y exigibilidad de estos nuevos derechos idiosincrásicos.

En cambio, en sistemas donde los mecanismos de verificación de los derechos sean baratos y efectivos, la regla del *numerus clausus* tendrá una menor importancia práctica, por lo que podría facilitarse un listado de derechos reales con carácter no taxativo. Esta vez pensemos en un sistema que ha establecido que todo derecho real debe ser establecido a través de un registro público y que, fuera de este, ningún derecho puede ser exigido fuera del ámbito contractual. En este segundo escenario, la regla del *numerus clausus* importará poco en términos de coordinación y exigibilidad.

Esto explica la noción de *run with the asset*, es decir, al tener mecanismos de verificación de las titulares en términos de coordinación y exigibilidad como ocurre con los contratos, será irrelevante tener un listado legalmente establecido. Los mecanismos de publicidad registral podrán suplir el alcance que tiene actualmente las normas jurídicas *heteronormativa* y las normas jurídicas contractuales/negociales *autonormativas*. Bajo ese esquema, un mecanismo de verificación idóneo permite la eficacia extendida del derecho haciendo que este corra con el bien cuando dicho mecanismo se verifique.

En ese sentido, será necesario crear mecanismos que permitan la suficiente verificación de las titularidades que impliquen la modificación de los derechos reales. Desde este aspecto, la

presente investigación puede enfocarse como un esfuerzo para brindar un marco teórico y práctico que permita el ingreso al registro de determinadas figuras —que se enmarcan de las formas flexibilizadas del tipo de los derechos reales— con la finalidad de dotarlas de mayor publicidad.

El *numerus clausus* tendrá un rol residual como mecanismo de verificación de las titularidades que se ofrecen en intercambio, cuando no se haya adoptado mecanismos adecuados para la verificación de los derechos que permitan determinar de manera barata y efectiva los alcances de dichas titularidades.

Esto no debe verse como una actual inutilidad de la regla sino como una progresiva reducción de su justificación práctica en tanto se mejoren sustancialmente los mecanismos de verificación de los derechos. En otras palabras, a medida que los mecanismos de publicidad registral (o, eventualmente, los sistemas de seguro de títulos) sean incorporados a los ordenamientos jurídicos carecerá de sentido, cada vez más, sostener a nivel práctico una regla como el *numerus clausus*.

### **2.7.2. La regla del *numerus clausus* en su contexto**

La regla del *numerus clausus*, sin embargo, no debe analizarse de manera aislada y descontextualizada. La peculiaridad del *civil law* es que la construcción del fenómeno apropiativo obedece a un concepto general, esto es, los derechos reales entendidos como una categoría. Al respecto, si bien desde la óptica de las teorías expuestas y del *common law* la regla del *numerus clausus* presenta una progresiva disminución en términos de su función práctica, la mejor comprensión del fenómeno apropiativo de los derechos reales nos llevará a una conclusión parcialmente distinta.

La importancia de la construcción de una categoría general se encuentra en las reglas supletorias, lo cual lleva a que los mecanismos de verificación de las titularidades operarán de forma parcial en el *civil law*. Esto debido a que dichos mecanismos solo incorporan los alcances que las partes atribuyen a los derechos durante su configuración. Sin embargo, el *civil law* presenta un conjunto de reglas residuales que operan de manera complementaria a la configuración de los derechos.

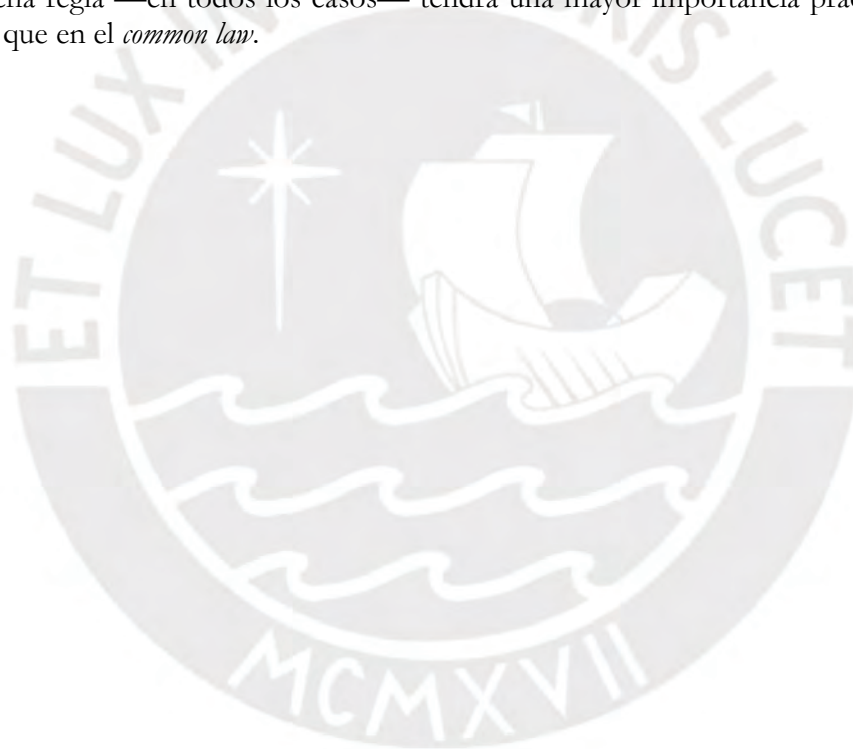
Explicado de otra manera, supongamos que se adopta la contratación explícita como único mecanismo de verificación de los alcances de un derecho real sujetos a un *numerus clausus*, pudiendo modificar el contenido de este derecho. Por ejemplo, si convencionalmente los propietarios de un conjunto de casas de playa establecen que solo se podrá construir hasta dos pisos en cada casa, dicha restricción solo será vinculante y exigible a los sucesores en el título de propiedad de cada casa de playa cuando también estos sean incorporados a dicho convenio.

Sin embargo, dicha restricción (solo construir hasta dos pisos) estaría sujeta a la norma supletoria del Artículo 926 del Código Civil nacional. Por lo que la incorporación de dicha restricción al registro público sería también un mecanismo de verificación de la titularidad supletoria a la contratación explícita. La teoría de la verificación *contextualizada* en el *civil law* lleva a recobrar una mayor importancia práctica de la regla del *numerus clausus*.

La regla del *numerus clausus* dentro de esta contextualización tiene una renovada importancia práctica. En esa línea, uno de los esfuerzos de la presente investigación es evidenciar la importancia de la comprensión de los derechos reales como una categoría general. Con este enfoque, el *numerus clausus* es suplido en una menor medida por los mecanismos de verificación.

Las teorías expuestas —y principalmente, la teoría de la verificación— brindan una aproximación funcional a la regla del *numerus clausus* desde la perspectiva de los *property rights*. Dicha regla contribuye a la identificación de los alcances de los derechos ofrecidos en intercambio, tanto desde una perspectiva interna como una externa. Asimismo, aquellas teorías nos permiten tener una visión global de la interacción del *numerus clausus* con los distintos mecanismos de aviso (*notice*) y verificación.

El abaratamiento de los costos y el incremento de la efectividad en los mecanismos de verificación de los derechos conllevará una reducción en la relevancia práctica del *numerus clausus*, sin embargo, debido a la propia construcción de los derechos reales como categoría general, dicha regla —en todos los casos— tendrá una mayor importancia práctica dentro del *civil law* que en el *common law*.



### Capítulo III. Fundamentos para la (de)construcción de la tipicidad desde la flexibilización del tipo en los derechos reales

#### 3.1. La construcción conceptual de la «tipicidad» que se agota en la regla del *numerus clausus*

##### 3.1.1. Sobre el falso debate en torno a la elección entre *numerus clausus* y *numerus apertus*

En nuestro país, la recepción de la regla del *numerus clausus* entendida como la proscripción dirigida a los particulares de crear nuevos derechos reales es innegable. Nuestro ordenamiento jurídico ha restringido la creación de nuevos derechos reales al legislador (Artículo 881 del Código Civil). Por ello, el debate se presentó (siempre<sup>25</sup>) bajo una óptica dicotómica: *numerus clausus* c. *numerus apertus*, pero desde distintas aproximaciones.

Con respecto a esto, Eleodoro Romero Romaña (1959: 16), comentando el Artículo 852<sup>26</sup> del Código Civil peruano de 1936, señalaba que:

La primera parte del artículo establece una limitación, que existe desde antiguo en casi todas las legislaciones, en el sentido de que no hay libertad para crear derechos reales. Es lo que se denomina el *numerus clausus* [...] que está en oposición con el llamado *numerus apertus* que permite establecer toda clase de derechos reales según convengan al interesado. El primer sistema que sigue nuestra legislación impera en la de casi todos los países y es indubitablemente más conveniente para el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, si una persona en el Perú quiere establecer una enfiteusis, un desdoblamiento en el derecho de propiedad, no puede hacerlo porque es un derecho real que no reconoce el código. El contrato en que se pactara la enfiteusis sería nulo.

La cuestión sobre la ordenación de los derechos reales en sede nacional se ha restringido — sostenemos — a la limitación en la creación de los derechos reales, postura que ha sido adoptada por nuestro actual Código Civil y no controvertida por la academia nacional. Sin embargo, esta regla contenida en el Artículo 852 del Código Civil del 1936, fue «expandida» en el Artículo 881 del vigente código en el sentido que se hace mención que los derechos reales son los establecidos por aquel y otras leyes. Presumiblemente, motivado en la lectura que hizo del Artículo 852 el maestro sanmarquino Jorge Eugenio Castañeda Peralta (1905-1985) (1973: 17):

En definitiva, no se pueden establecer derechos reales no autorizados por el código o por leyes especiales. Ello, no obstante, la legislación posterior puede autorizar la constitución de enfiteusis y otras formas de derechos reales porque la Constitución no lo impide. El sistema del *numerus clausus* ha sido adoptado por la legislación moderna; así, en el cód. civ. Alemán.

---

<sup>25</sup> No obstante, resulta necesario hacer una precisión. Si bien el debate sobre el *numerus clausus* se agota en la proscripción/habilitación hacia los particulares de establecer nuevos derechos reales, no deja de ser menos cierto que la cuestión sobre el contenido del derecho real sí se encontraba presente, pero como un elemento tangencial al debate central (*clausus* c. *apertus*).

<sup>26</sup> **Código Civil peruano de 1936**

**Artículo 852.-** Por los actos jurídicos sólo pueden establecerse los derechos reales reconocidos en este código. No se puede establecer la prohibición de enajenar, salvo los casos permitidos por la ley.



En el Artículo 881 del actual Código Civil peruano que consagra la regla del *numerus clausus*, encontramos que en la «Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil», Lucrecia Maisch von Humboldt (1988: 151), miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, dice que dicho artículo «[e]stá destinado a establecer una tipificación formal de los derechos reales, la misma que es excluyente y exclusiva[,] y que tiene la específica intención de impedir la *desnaturalización* de tales derechos [...]».

Sobre la base de esta premisa, se tiene que, para los miembros de la Comisión Reformadora, la regla del *numerus clausus* en nuestra codificación tenía por finalidad evitar la «desnaturalización» de los derechos reales, es decir, salvaguardar la esencia que inspiraban dichos derechos.

La contribución de estos tres últimos connotados juristas nacionales encaminó la adopción de la regla del *numerus clausus* en nuestro ordenamiento jurídico. La proscripción de crear nuevos (tipos de) derechos reales en virtud de la autonomía privada se consolidó tanto a nivel normativo como académico. Asimismo, se admitió de forma incontrovertida el fundamento de la *desnaturalización* de los derechos reales, partiendo de la también dicotómica (y axiomática) clasificación de derechos reales y personales.

En nuestro medio, la discusión sobre la ordenación de los derechos reales se ha presentado como una disyuntiva entre la regla del *numerus clausus* frente a aquella del *numerus apertus*, limitando en gran medida la discusión a si la creación de derechos reales debe ser potestad solo del legislador. No obstante, la discusión se traslada a la determinación del contenido de los derechos reales (tipicidad) y, consecuentemente, hacia una necesaria «flexibilización del tipo». En este aspecto, los argumentos sobre la prerrogativa de los particulares para modificar este contenido se hacen difusos, dado que sirven como argumentos tanto a favor de una regla de *numerus clausus* como en contra.

Bajo esta visión dicotómica, la discusión académica en sede nacional se ha limitado a una elección entre *numerus apertus* o *numerus clausus*, en consecuencia, se busca optar por la «mejor» regla para la creación de nuevos tipos de derechos reales. Pero, este enfoque sobre la ordenación de los tipos de derechos reales soslaya el mayor o menor grado de flexibilización que puede tener el tipo.

Por otra parte, debemos delimitar el concepto de «tipicidad» entendido como la determinación de un contenido legalmente establecido para un concreto derecho real, esto es, el derecho real visto como un «tipo» de contenido establecido por el propio ordenamiento jurídico.<sup>27</sup> Frente al cual —argumentamos— el ordenamiento puede adoptar una posición de

---

<sup>27</sup> «[...] conviene recordar que la problemática del *numerus clausus* es diversa, como es generalmente ya reconocido, de aquella de la tipicidad, atendiendo la primera a la exclusividad de la fuente, esto es, al ordenamiento que limita la autonomía del sujeto, y la segunda a la determinación del contenido, esto es del “tipo” de la situación real que el sujeto puede preseleccionar [...] [e]n realidad el ordenamiento intenta reservar para sí mismo la acción ordenante de las situaciones reales, atendiendo a la importancia, bajo el perfil social y económico, que tales situaciones adquieren en la utilización de los bienes y en la estructura general del ámbito patrimonial. Tal reserva se explica sea con el principio de la tipicidad, relativo a la individualización de los esquemas a través de los cuales viene ordenada la actividad de utilización de la *res*, o sea con el otro principio del *numerus clausus*, configurado en una limitación a la autonomía del privado en la elección de nuevas estructuras fuera de aquellas previstas» (Comporti 2011: 225-226).

permisión (flexibilidad del tipo) o proscripción (fijación del tipo) a favor o en contra de los privados, respectivamente, para modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales.

De lo anterior, se disocia la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna (flexible/fijo), pudiendo en este último tener mayor o menor presencia la autonomía privada. Así, la categoría de derechos reales puede estar sujeto a una regla de *numerus clausus*, sin embargo, el ámbito de su tipicidad puede ser más o menos flexible, pudiendo existir, a su vez, tipos más o menos flexibles.<sup>28</sup>

Partiendo de la distinción entre ambos conceptos, consideramos que la discusión sobre la ordenación de los tipos de derechos reales no se agota en una visión dicotómica (es decir, en una opción legislativa entre *numerus clausus* y *numerus apertus*), sino que debe ser enfocada, más bien, bajo una visión «flexible-gradual».

Debemos precisar que no se trata de que en sede nacional se desconozca la tipicidad (determinación del contenido legal) de los derechos reales. Muy por el contrario, esto ha sido claramente expuesto por González (2013: 117-118), Arbulú (2010: 63) y Figueroa (2010). Incluso este último —en posición que compartimos— señala la importancia de la construcción de una «parte general» referida a las normas generales que aplicaría a los derechos reales.

Nuestra crítica se enfoca en que el debate ha enfatizado en la elección entre *numerus clausus* o *numerus apertus*, soslayando la importancia y distinción de la flexibilización/fijación del tipo, en tanto esto permita dar una lectura más permeable de la ordenación de los tipos de derechos reales, sin abandonar la regla del *numerus clausus*. Consecuentemente, sustentando teóricamente la admisión de nuevos fenómenos apropiativos. En esto se sustenta nuestra postura.

### **3.1.2. La noción de los derechos reales como categoría general: Crítica a la conceptualización francesa de los derechos reales como *desmembraciones* de la propiedad**

La reconstrucción propuesta sobre la tipicidad también propone conceptualizar los derechos reales como una categoría general y permeable que comprende distintos tipos de derechos que expresa un fenómeno apropiativo unitario al cual adscribe el *civil law* y la distingue de los *property rights* del *common law*. Esto exige abandonar determinadas ideas sobre la base de las cuales se ha venido desarrollando académicamente los derechos reales.

Una de las primeras ideas es herencia de la construcción de los *droit réels* del *Code*. Como examinamos líneas arriba, la academia francesa de inicios del siglo XX afirma con frecuencia que los derechos reales menores son «desmembraciones» del derecho de propiedad. De esto

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, la propiedad será un tipo de derecho real altamente flexible, cuyo sustento para su restricción se encuentra en el Artículo 926 del Código Civil. Caso contrario ocurre con la habitación que es un tipo de derecho real que se configura de determinada manera y su constitución y dinámica estarán ampliamente limitados por el ordenamiento jurídico.

se desprenden dos corolarios: (i) que la regla del *numerus clausus* contribuye a la determinación de los derechos reales «menores»<sup>29</sup> y (ii) que una potencial admisión de la «flexibilización del tipo» solo resultaría aplicable a esta clase de derechos reales «menores», en tanto que aplicar este criterio al derecho de propiedad conllevaría al reconocimiento de nuevos derechos reales<sup>30</sup>.

Discrepamos de esta comprensión de la categoría de los derechos reales porque desconoce sus caracteres de categoría ordenante y abstracta, y el rol que cumple para los fines de englobar distintos fenómenos apropiativos que se *construyen* sobre la base de un arquetipo de la propiedad privada moderna, mas no que se *desmiembren* de esta.

La finalidad de la construcción de categorías generales y abstractas es que cumplen, ante todo, un rol hermenéutico e integrador del ordenamiento jurídico, para ello es necesario elaborar reglas generales que resulten de aplicación a la categoría en su conjunto. Este rol no ha sido de interés por los codificadores y se aprecia del escueto número de artículos que se dedica a las «disposiciones generales» del Libro Quinto de nuestro código civil.

Esta comprensión del derecho real como *desmembración* de la propiedad ha compelido a que el proceso de construcción del Libro Quinto se enfoque en la regulación de las normas sobre propiedad y que estas sean aplicables a los otros derechos reales mediante analogías, con lo cual se carece de normas generales sobre prescripción adquisitiva de derechos reales de goce distintos de la propiedad (por ejemplo, para el usufructo o la superficie), mecanismos de tutela de derechos reales distintos a la reivindicación (solo aplicable a la propiedad), reglas sobre la forma de adquisición de derechos reales distintos a la propiedad (como sí se establece en los artículos 947 y 949), una regla general de flexibilización del tipo del derecho real (tal y como se hace referencia a las restricciones convencionales en el Artículo 926).

De lo anterior, se propone abandonar los roles asociados a la regla del *numerus clausus* en un esquema del derecho real como *desmembración* de la propiedad. El primero de ellos, que el *numerus clausus* permite la identificación de los derechos reales «menores». Este rol del *numerus*

---

<sup>29</sup> «El fundamento ontológico de la tipicidad [entendida como *numerus clausus*] es que todos los derechos reales limitados deben considerarse de algún modo como regímenes de desmembración de la propiedad en razón a una *causa jurídica*, y que suponen medidas antieconómicas de tutela singular frente al principio supremo de tutela universal de los acreedores. Son, por tanto, derechos excepcionales (típicos) [...] detrás de la tipicidad late la pretensión de la defensa de valores universales y, muy especialmente, el principio supremo del liberalismo: *la tutela del crédito*. En definitiva, todo privilegio crediticio tiene vocación de constituirse en derecho real, y, a la inversa, aunque parezca menos evidente, todo derecho real oculta por su parte una desmembración de la propiedad, un privilegio crediticio. Todo derecho real es una excepción al carácter personal de las cargas y una limitación o excepción a la igualdad y tutela universal de los acreedores [...] el sistema de tipicidad de los derechos reales representa en la codificación la sustitución del concepto jurisdiccional y político de la propiedad, por un concepto estrictamente económico en el que el interés supremo protegidos es la tutela del crédito» (Álvarez 1986: 20-22).

<sup>30</sup> «El art. 881 CC adopta un catálogo cerrado de derechos reales, en cuanto solo pueden establecerse por ley. Sin embargo, se permite cierta libertad de configurar el contenido del derecho, sin rebasar el esquema previsto por el tipo legal. En buena cuenta, nuestro sistema reconoce expresamente el sistema del *numerus clausus*, pero con alguna flexibilidad respecto al contenido de los derechos de disfrute. [Se agrega a pie de página n.º174] Esa flexibilidad no es aplicable a la propiedad ni en los derechos de garantía. En el primer caso, y conforme lo señala Díez Picazo, la desmembración del dominio lo convertiría en otro derecho [real], por lo que no es posible limitarlo por acto de voluntad, sin base legal, pues ello lo desnaturaliza» (Gonzales 2013: 129).

*clausus* solo tiene sentido bajo la premisa que la propiedad escapa a la categorización de los derechos reales, puesto que, al ser este, un *bundle of rights* no se requiere de un *numerus clausus* para su determinación.

Sin embargo, como demostramos en el primer capítulo de este trabajo, los derechos reales son una categoría de *vocación* ordenante que engloba todo un fenómeno apropiativo, por ello, resulta coherente que el sistema en su conjunto asuma este rol de los derechos reales, ergo, que de este no *escape* derecho real alguno, incluso la propiedad.

Otra de las ideas que se desprenden del esquema de los derechos reales como *desmembración* de la propiedad, se expresa en la afirmación de que la flexibilización del tipo no resultaría aplicable a la propiedad, en tanto que aplicar este criterio a la propiedad conllevaría al reconocimiento de nuevos derechos reales.

La confusión surge, a nuestro parecer, cuando no se distingue el plano de la tipicidad (determinación del contenido legal del tipo) con el *numerus clausus* (proscripción de crear nuevos derechos reales, esto es, la fuente del derecho real), es decir, no se disocia la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna (fijación/flexibilización).

En consecuencia, se concluye de forma errada que toda modificación del tipo, necesariamente, llevará a un *numerus apertus*, lo cual no se ajusta a la realidad, en tanto que los ordenamientos jurídicos suelen permitir un ámbito de restricción convencional incluso en la propiedad (Artículo 926 del Código Civil) en que modifica, por ejemplo, el uso o disfrute de la propiedad, sin que ello implique que los particulares creen un nuevo derecho real (*numerus apertus*), como veremos en el próximo capítulo.

Por último, cabe destacar que habíamos ya indicado, siguiendo a Hansmann y Kraakman (2002: S400), que la regulación de los *property rights* en el *common law* operan a nivel de categoría/tipo. Dentro de esta categoría/tipo, existe una libertad sustancial para diseñar los términos específicos de cada *property rights*, admitiendo una variedad casi infinita de formas, y que las partes pueden crear y configurar a su antojo. Sostenemos que estas apreciaciones resultan aplicables también para los derechos reales.

Tomando en cuenta todo ello, resulta necesario reconstruir la tipicidad de los derechos reales en dos aspectos: (i) reconstruyendo los derechos reales como una categoría general con un conjunto de reglas aplicables a esta y (ii) desarrollando el concepto de «tipo» en los derechos reales dirigido a su flexibilización.

### **3.2. La deconstrucción de la tipicidad en los derechos reales: una tendencia hacia la flexibilización del tipo en el derecho comparado**

En el presente trabajo proponemos reconstruir la ordenación de los derechos reales a partir del reconocimiento de su doble dimensión, esto es, distinguiendo si la fuente de creación del derecho real es exclusiva del legislador y si es factible la modificación del contenido del derecho real por los particulares; asimismo, siendo posible esto último, cómo y sobre qué aspectos se realizaría la modificación.

Al respecto, si bien es cierto que la academia alemana del siglo XX distinguió entre la fijación del tipo (*typenfixierung*) y la fuente legal del derecho (*typenzwang*), no deja de ser menos cierto que la idea de flexibilización en el primero es relativamente reciente en los ordenamientos jurídicos como advertiremos a continuación. En esta línea, exponemos las distintas fórmulas que se vienen aplicando para dotar de funcionalidad a la flexibilización del tipo en los derechos reales.

### 3.2.1. El *numerus quasi-clausus* en el derecho neerlandés de vocación europea: Lecciones desde Maastricht

Hace algunos años, un importante sector de la academia neerlandesa liderada por el profesor Sjef van Erp planteó algunas interrogantes en torno a la doctrina del *numerus clausus*: (i) ¿Es esta doctrina realmente necesaria? ¿Podría (y debería) esta doctrina ser menos rigurosa y más abierta a la innovación? (Erp 2003: 2). La respuesta a dichas interrogantes fue la teoría del *numerus quasi-clausus*.

Según el profesor van Erp, la doctrina del *numerus clausus* de los «derechos absolutos» (*absolute rights*) establece un número y un contenido cerrado de dichos derechos. Por ello, resulta necesario tener una aproximación más abierta hacia un *numerus quasi-clausus* que signifique la vía para una bien razonada y gradual aceptación de las instituciones y conceptos del *common law* dentro del *civil law*. De esta manera se busca tener un campo teórico y práctico común entre ambos sistemas (*idem*).

A partir de los trabajos de Merrill y Smith (2000) y Hansmann y Kraakman (2002), el profesor van Erp indica que la regla del *numerus clausus* tiene un propósito económico. Por ello, un rígido *numerus clausus* no debería ser aplicado como tal en los Países Bajos. Resulta necesario tener cierta flexibilidad para regular las nuevas formas de *property rights*, tales como el *trust* y el *time-share*.<sup>31</sup>

Sin duda la teoría del *numerus quasi-clausus* acierta en plantear una flexibilización en la regla del *numerus clausus*, no obstante, para ello no importante esta regla, sino el alcance del contenido del tipo (Gambaro 2008: 82; Comporti 2011: 225-231). Por ello la necesaria distinción entre la fijación del tipo y la proscripción de creación de nuevos derechos reales, este último, es propiamente la regla del *numerus clausus*.

Para fines de una flexibilización no importan la regla del *numerus clausus*, sino la determinación del alcance de la modificación del contenido del tipo derecho real. La permeabilidad del sistema a las nuevas formas de *property rights*/derechos reales con fines de integración jurídica con el *common law* dependerá en esencia de la flexibilización del tipo antes que el *numerus clausus*. Más aún si se considera que el *common law* funciona con categorías de *property rights* y no con formas bien definidas (Hansmann y Kraakman 2002: S400-S401). Evidentemente, la adopción de figuras que excedan la flexibilización del tipo de los derechos reales ya establecidos requerirá de una reforma legislativa y con las ventajas que esta vía proporciona (Merrill y Smith 2000: 60-66).

---

<sup>31</sup> Se debe tener presente que la construcción del *numerus quasi-clausus* surge en un contexto de integración europea (Akkermans 2008: 467-469). De aquí que la justificación principal de van Erp sea aquella de adoptar figuras como el *trust* y el *time-share* que han sido regulado a nivel europeo.

### 3.2.2. La figura del *registrar of deeds* en un sistema jurídico «sin» regla del *numerus clausus*: El problema del *numerus clausus* en el registro de predios sudafricano

El ordenamiento jurídico sudafricano resulta de interés cuando se aborda el tema del *numerus clausus* y la cuestión sobre la flexibilización del tipo, debido a que es uno de los pocos países dentro del *civil law* que presenta un sistema abierto de registro de derechos sobre predios (Mostert y Verstappen 2015: 3) o como se ha mencionado, un sistema jurídico «sin» *numerus clausus*<sup>32</sup> (Akkermans 2008: 473).

Sudáfrica es un país que combina los dos sistemas de la tradición jurídica occidental: *civil law* y *common law*. Donde el Derecho inglés y el romano-neerlandés confluyen en un solo ordenamiento jurídico. Sudáfrica no tiene un Código Civil, y aplica el *common law* sudafricano de la misma manera que el sistema jurídico inglés aplica el *common law*.

En lo que refiere al contenido, como resultado de sus orígenes romano-neerlandés, el fundamento del *Law of Property* es el catálogo general de *ius in rem* del Derecho romano. En primer lugar, el derecho principal es un concepto unitario de propiedad (*ownership*). Este *ownership* es un derecho de propiedad en el sentido del *civil law*. En segundo lugar, existen derechos menores de uso y de seguridad. Estos derechos menores, siguiendo las categorías del Derecho romano, son: el derecho de servidumbre (real y personal), prenda e hipoteca (ídem).

Sin embargo, a diferencia del *civil law*, aparte de los tradicionales *property rights*, el Derecho sudafricano ha visto el desarrollo de nuevos tipos de *property rights*. Algunos de estos derechos son el resultado de la influencia *common law* inglés, por ejemplo, *lease of land*, pero otros son muy específicos del entorno sudafricano, por ejemplo, los *mineral rights* que implican los derechos de explotación minera (ídem).

El ordenamiento jurídico sudafricano rechaza la regla del *numerus clausus* en relación con la creación de derechos reales, considerándola como algo trillada (*trite*). En otras palabras, se reconocen categorías de derechos reales (aunque más con un sentido histórico que legal), pero se permiten crear nuevos. Dentro de cada una de las categorías admitidas existe mucho espacio para maniobrar. Esta situación se muestra en las servidumbres prediales<sup>33</sup> «irregulares» dentro de las cuales son admitidos los derechos de usufructo, uso y habitación.

---

<sup>32</sup> Cabe precisar que no se trata de una inexistencia del *numerus clausus*, sino que —como hemos predicho a partir de la teoría de la verificación— el desarrollo progresivo de los registros de derechos torna de poca utilidad práctica a la regla del *numerus clausus*. En otras palabras, un sistema registral abierto hace casi irrelevante al *numerus clausus*, incluso si así estuviera establecido.

Por ejemplo, imaginemos que un código civil reconoce de forma expresa cuáles son los derechos reales y los enlista de forma taxativa; sin embargo, dentro de ese ordenamiento se establece como única regla de verificación el registro público en el cual pueden ingresar todo tipo de derechos (y no solo los derechos reales). Esto traerá como consecuencia práctica que, en todos los casos, un derecho no-real podrá «correr con el bien». De aquí que sea prácticamente inútil el *numerus clausus*.

<sup>33</sup> Tal vez esta sea una exteriorización de la influencia del *common law*. El *servitude in land* con frecuencia es mostrado como una categoría amplia que permite mucho margen de actuación a los particulares, pudiendo modificarlo dentro los límites del *touch and concern*. De esto trataremos más adelante.

Estos derechos parecerían servidumbres prediales, sin embargo, son atribuidos a una persona en particular<sup>34</sup> (Mostert y Verstappen 2015: 6 y 18-19).

Como se indica, Sudáfrica no admite el *numerus clausus* en los derechos reales o, más propiamente, permite un amplio margen de «personalización» (*customization*) sobre los derechos prediales que ingresan al registro público. En esa línea, con frecuencia se pone atención al reto que representa para el *registrar of deeds* (registrador de escrituras) analizar qué tipo o categorías de derechos prediales son admitidos en el registro (*ibidem*: 6-7).

Con la finalidad de brindar algunos alcances a los *registrar of deeds*, la Sección 63(1) del *Deeds Registries Act 1937* (DRA) establece que:

Ninguna escritura, o condición en una escritura, que pretenda crear o que incorpore algún derecho personal [*personal right*], y ninguna condición que no restrinja el ejercicio de algún derecho de propiedad [*right of ownership*] con respecto a bienes inmuebles [*immovable property*], podrá ser registrada: siempre que una escritura que contenga tales una condición como la mencionada anteriormente puede ser registrada si, en opinión del *registrar*, tal condición es complementaria o de otro modo auxiliar a una condición o derecho registrable o conferido en dicha escritura.

El *registrar of deeds* controla, a través de la calificación, el trabajo realizado por los *conveyancers* (un abogado especializado en *Law of Property* y que rinde un examen nacional) y los notarios (quienes asumen la responsabilidad por la rectitud de los documentos públicos notariales). Los *conveyancers* podrían estar preparados para la documentación que crea un derecho predial, pero el *registrar of deeds* determina si el registro procede, interpretando y aplicando el DRA (*ibidem*: 9).

El DRA establece que los derechos reales prediales deben ser registrados para ser exigibles «contra el mundo» (*against the world*). Esta disposición del DRA es general, no limitando los registros solo a aquellos tipos de derechos que obviamente se encuentran en una de las categorías históricas. En consecuencia, un testador o una parte de un contrato puede, en principio, establecer nuevos derechos prediales, hasta ahora no reconocidos, para satisfacer sus propósitos (*ibidem*: 19).

Resulta hasta cierto punto *irónico* que un ordenamiento jurídico no reconozca una regla del *numerus clausus* y, al mismo tiempo, compela al registrador y, eventualmente, al juez a distinguir entre derechos personales y reales, cuya tarea tanto en el *common law* como en el *civil law* ha sido tradicionalmente asignada a la regla del *numerus clausus*. En otras palabras, el Derecho sudafricano obliga al registrador a distinguir entre derechos personales y reales, pero no indica cuáles son los derechos que pertenecen a cada categoría.

Este vacío generó a lo largo del tiempo algunas contradicciones y variaciones en los criterios de los registradores. Puede surgir una disputa debido a que el *registrar of deeds* se niega a registrar una condición específica, o porque una condición particular fue registrada y las

---

<sup>34</sup> La Sección 66 del *Deeds Registries Act 1937*:

«66. No se registrará ninguna servidumbre personal de usufructo, uso o habitación que pretenda extenderse más allá de la vida útil de la persona en cuyo favor se crea, ni una transferencia o cesión de dicha servidumbre personal a ninguna persona que no sea el propietario del predio».

partes luego impugnan la validez de su registro. Con el tiempo, los tribunales sudafricanos desarrollaron un mecanismo para afrontar las disputas derivadas de las constantes contradicciones del *Deeds Registry* con la distinción entre derechos reales y personales para los fines de registro (*ibidem*: 20).

Las cortes sudafricanas aplican una «doble prueba» (*twofold test*): (i) examinan la intención del creador de vincular a los sucesores en el título (*successors-in-title*) y (ii) consultan si la obligación correlativa (al derecho) equivale a una «sustracción del dominio» (*subtraction from the dominium*). Estos dos aspectos operan de manera simultánea y son igualmente significantes. En relación con el segundo criterio, la obligación debe gravar al titular del dominio en su condición de *landowner* mismo, mas no en su capacidad personal (*ibidem*. 20-21).

En el caso *Oldensaalsrus Gold, General Investments y Extensions Ltd v. Registrar of Deeds* (1953)<sup>35</sup>, la compañía *Oldensaalsrus Gold* era propietaria de varios predios con fines para el desarrollo urbano. Sin embargo, el suelo en la zona había sido declarado un sitio público de excavación de metales preciosos. Cuando se desarrollaron ciertas partes del suelo, la compañía intentó vender y transferir los predios con la condición de que una parte de los ingresos recibidos por el suelo, en licencias (*licence money*), ganancias de alquiler o ganancias de otra manera, se reservara para la compañía.

A la escritura que contiene esta disposición se le negó el registro con el argumento de que constituía un derecho personal y que el registro conforme a la Sección 63 (1) del DRA no estaba permitido. Sin embargo, la corte argumentó que la compañía había adquirido un *property right* que, al observar la obligación correspondiente, le daba derecho a reclamar que el cesionario debía abstenerse de recibir una parte del dinero proveniente del suelo. En opinión de la corte, dicha cláusula constituía una «sustracción del dominio» y, por lo tanto, tendría que ser capaz de registrarse.

En el caso *Lorentz v. Melle* (1978), se presenta una condición ya registrada contra un título de propiedad. Cuando los terrenos se subdividieron unos treinta años antes, los copropietarios incluyeron una condición de división que les permitía mutuamente conservar el derecho a beneficiarse de un posible desarrollo futuro del municipio, a través de la repartición equitativa de las ganancias.

Un sucesor en el título más tarde impugnó esta obligación, negándose a compartir el producto cuando finalmente se produjo dicho desarrollo, y solicitando a la Corte que cancele lo que se consideró un registro erróneo de un derecho personal. Sobre la cuestión del registro erróneo, el Tribunal encontró que la condición particular, al ser contingente, no gravaba el predio «en un sentido físico», y por lo tanto no era una «sustracción del dominio».

En un sentido opuesto, en el caso *Pearly Beach Trust v. Registrar of Deeds* (1990), la disputa fue con el *registrar of deeds*, quien se negó a inscripción de una condición de venta que obligaba al comprador del predio «y/o sus sucesores en el título» a pagar a un tercero un porcentaje de la compensación por la posible expropiación futura de la propiedad, o por cualquier opción o derecho de prospectar minerales en él.

---

<sup>35</sup> Los casos desarrollados en esta sección son tomados de Mostert y Verstappen (2015: 21-22), Akkermans (2008: 473-482) y Waal (1999: 5-10).



Sobre el particular, la Corte consideró que dicha condición debía ser registrada, debido a que afectaba el derecho a disponer del propietario (*ius disponendi*). En ese sentido, se rechazó la denegatoria del registrados y se estableció un criterio menos restrictivo que en *Lorentz v. Melle*.

En el caso *Cape Explosive Works v. Denel* (2001), la Corte determinó algunos alcances sobre los dos criterios que rigen la admisión de los derechos al registro. Este caso está referido a una restricción en el uso del predio. Dicha restricción consistía en que el predio materia de venta estaba sujeto a una previsión que establecía que solo podía ser destinada a la manufactura de armamentos. Asimismo, se estableció un derecho de recompra a favor del vendedor en caso de incumplimiento. La provisión se registró, pero se omitió por error en transferencias posteriores.

Al considerar si los derechos omitidos vinculan a los sucesores en el título, la *Supreme Court of Appeal* tuvo que determinar si los derechos eran reales o personales. Los dos aspectos de la condición, la limitación de uso y el derecho de recompra, fueron tratados como una sola carga. Al tratar el derecho, el tribunal evitó la dificultad de tener que explicar por qué el derecho de recompra fue registrado inicialmente.

Sin duda una mayor flexibilidad implica mayores retos para los distintos operadores jurídicos. En Sudáfrica, y consideramos también en Perú, la labor del registrador es central para la identificación de qué derechos merecen «correr con el bien» mediante su incorporación al registro público. La «doble prueba» implica un gran esfuerzo en tratar de facilitar dicha labor. Al respecto, se podría señalar que tal vez es una forma indirecta de reconocer el *numerus clausus*, al menos en los aspectos de persecutoriedad y la noción de *desmembración* del dominio.

Por nuestra parte, la flexibilidad del tipo propuesta en este trabajo se aproxima al nivel de relajación del ordenamiento jurídico sudafricano, aunque sin abandonar (tácita o expresamente) del todo la regla del *numerus clausus*. Consideramos que a la labor de calificación registral necesitará también de guías que establezcan el alcance de la posible modificación del contenido básico de cada derecho real.

### **3.3. ¿Por qué es necesaria una revisión de la tipicidad en los derechos reales?: Fundamentos para la (re)construcción de la tipicidad desde la flexibilización del «tipo» en los derechos reales**

Se concluyó en el primer capítulo de este trabajo que la categoría de los derechos reales tiene una *vocación* ordenante de aquellas situaciones jurídicas pertenecientes a (ese gran grupo de) los derechos patrimoniales consolidada en el Derecho racionalista de los siglos XVII y XVIII, y cuyas bases se remontan a la Baja Edad Media. Este Derecho racionalista surge como expresión de una época «matemática» dominada por las ciencias naturales, en la cual se busca una imagen unitaria y nomotética de la sociedad, comprensible por la mera utilización de la razón exenta de autoridades y sólo determinada por axiomas y expresada en un sistema científico.

Asimismo, que el Derecho racionalista moderno contribuyó con rasgos nuevos (los sistemáticos y metódicos: el nuevo método dogmático) a la cultura de Derecho privado europeo de los siglos posteriores. El acierto de un sistema y su demostración lógica se convertía en un requisito necesario para la solidez de un axioma.

Sobre el particular, consideramos que la construcción teórica de la categoría (general) de los derechos reales requiere de un desarrollo previo, esto es, la construcción del «tipo» de cada derecho real individualmente considerado. En atención a ello, en esta sección buscamos brindar un soporte teórico a la construcción del «tipo» en los derechos reales a partir del marco conceptual desarrollado por Karl Larenz (1903-1993) (1980: 451-465).

### 3.3.1. ¿A qué refiere el derecho real (individualizado) como «tipo»?

Sostenemos que cada «tipo» de derecho real se presenta como un «tipo jurídico-estructural» (Larenz 1980: 454-457). Dentro de este marco conceptual, proponemos la flexibilización del tipo en los derechos reales. La relevancia de esta identificación del «tipo jurídico-estructural» está en que enfatiza sobre la regulación de cada «tipo» de derecho real, permitiendo determinar los rasgos capitales de este a través de su aprehensión (*ibidem*: 457-458).

Tomemos como ejemplo, el derecho real de superficie. El Artículo 1030 del Código Civil peruano establece los rasgos esenciales del tipo a través de la definición, dentro del cual se establecen límites temporales sobre el derecho, las facultades que confiere y quiénes pueden conferirlos, sobre qué bienes recae y qué sucede luego de extinguido el derecho. Ciertamente algunas cuestiones permiten algún grado de variabilidad del derecho por medio de la autonomía negocial de los privados.

La aprehensión del tipo jurídico-estructural toma su punto de partida de toda la regulación que este tipo tiene, tanto en la norma como en el negocio jurídico respectivo. Lo cual nos lleva a advertir que la caracterización anticipada en la ley necesita ser completada con una multitud de rasgos que resultan por deducción de la definición legal. Esta deducción se somete a la condición de que las reglas legales se adecuan al tipo pensado. El tipo es deducido de las disposiciones particulares en su unión con sentido y sirve para comprender mejor y apreciar más acertadamente estas disposiciones, su alcance y su importancia en orden a la integración del tipo (*ibidem*: 458-460).

### 3.3.2. *Typenzwang* y *Typenfixierung*: la doble dimensión en la ordenación de los derechos reales

El Derecho alemán es, tal vez, uno de los ordenamientos que acogió con mayor énfasis la distinción entre derechos reales (*sachenrecht*) y obligacionales (*schuldrecht*) bajo el *Trennungsprinzip* o principio de separación<sup>36</sup>, el cual fue recogido en los borradores de 1888

---

<sup>36</sup> «[...] estrechamente ligada a la distinción entre negocio jurídico abstracto y negocio jurídico causal se halla la diferenciación entre los negocios jurídicos obligacionales, los de disposición, y también, los de adquisición. El criterio determinante que permite distinguir entre estos tipos de negocios es el efecto que éstos producen. Consecuentemente, el ordenamiento jurídico alemán somete las obligaciones y las disposiciones a reglas diferentes. Asimismo, las obligaciones y las disposiciones no solo se diferencian en cuanto a que ambos tipos de negocios producen efectos diferentes, sino también respecto a sus requisitos y a su estructura dogmática.

La distinción entre obligación y disposición está regida por el llamado principio de separación (*Trennungsprinzip*), el que, reiteramos, no ha de confundirse con el principio de la abstracción. El principio de separación establece que en el tráfico jurídico el negocio obligacional queda separado de su ejecución o cumplimiento real, o sea, de la disposición [...] De acuerdo con este principio de separación las transacciones destinadas a la transmisión de derechos subjetivos tienen lugar en dos momentos jurídicos

de la Primera Comisión del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán referido a los derechos reales (Akkermans 2008: 173). Asimismo, en la *Motive* (exposición de motivos de este proyecto) se indicaba la razón de esta independencia de los derechos reales:

El derecho real, para salvaguardar su independencia, debe enfrentar la creación de derechos en sí mismo.

[...] Una persona puede entonces no ser libre para crear cualquier derecho en relación con un objeto con efectos reales. La autonomía de las partes como es usada en el derecho de obligaciones no es aplicable al derecho real. Aquí es opuesto: las personas solo pueden crear aquellos derechos que son reconocidos por el Derecho. El número de derechos reales es, por consiguiente, limitado.<sup>37</sup>

Este principio de separación obedece a una larga tradición cuyo origen se remonta al Derecho romano. Esta tradición germana que fue mantenida durante el *usus modernus Pandectarum* y se extendió al *Pandektenrecht*, lo cual moldeó una *Rechtswissenschaft* deudora de la tradición romana antes que de aquellas de los pueblos germánicos. La influencia del Derecho romano es tangible en cada área del derecho privado y en especial en los derechos reales, la cual se materializó en el BGB. Esto, sin embargo, hace que el sistema alemán se exprese como una hibridación de ambas tradiciones, que pueden ser contradictorias en algunos casos (Akkermans 2008: 252).

El sistema del BGB intentó romper con la tradición de los códigos ilustrados (francés, bávaro, prusiano y austriaco) en los cuales la propiedad cubría todo: objeto y derechos, y la separación entre derechos reales y obligacionales no existía. El BGB, de esta manera, se desvía fuertemente del *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR) de los estados prusianos del 1 de junio de 1794 (*ibidem*: 244).

De esta manera, mientras que en el *Code Civil* la propiedad ocupaba un lugar preponderante y totalizador, dado que sobre la base de esta institución se desarrollaba el derecho privado, en el BGB, el rol de la propiedad fue bastante más modesto, esto es, un «tipo» como los otros derechos reales, sin duda el más «absoluto», pero solo un tipo, al fin y al cabo.

Sin embargo, en lo relativo al *numerus clausus*, tanto el *Code Civil* como el BGB adoptaron esta regla, esto es, la proscripción de admitir nuevos derechos reales creados sobre la base de la autonomía privada. Así, mientras que el BGB justificada esta regla de *numerus clausus* con

---

distintos, a saber: el momento obligatorio y el momento real. Es decir, para el cumplimiento de un negocio obligacional se precisa generalmente de un negocio ulterior, a saber: el negocio de disposición.

[...]

Siguiendo el principio de separación, en el caso de una compraventa como ejemplo clásico, el negocio jurídico obligacional no conduce a la transmisión de un derecho subjetivo al dinero o a la cosa, sino que solamente sirve de fundamentación jurídica, o sea, que fundamenta la exigencia, la pretensión de una parte, a entregar la cosa y de esta forma a transmitir la propiedad en un negocio de disposición posterior –artículo 929 del BGB–; y, de la otra parte, a la pretensión al pago del precio. La doctrina germana plantea que mientras el negocio obligacional fundamenta una obligación a una prestación, es decir, fundamenta una pretensión, una exigencia jurídica, el negocio de disposición significa un cambio en cuanto a la asignación del derecho» (Sirgado 2014: 5-7).

<sup>37</sup> Motive III 1888, citado por Akkermans (2008: 173-174).

mayor intensidad en la distinción entre derechos reales y obligacionales, en el código francés se justificó en el temor de aquella propiedad fragmentaria del *ancien régime*.

Asimismo, el Derecho alemán comenzó a distinguir, de un lado, (i) la proscripción de incorporar nuevos derechos a través de la autonomía privada, distintos a los establecidos por la ley (*Typenzwang*), esto es, el sentido tradicional del *numerus clausus*; y, de otro, (ii) la proscripción de modificar los elementos esenciales del contenido de un derecho real típico (*Typenfixierung*), es decir, una «fijación del tipo» (Westermann 2007 vol. I: 49; Morello 2008: 92 y sig.; Merrill y Smith 2000: 4; Akkermans 2008: 245-252; Comporti 2011: 225 y sig.; Mostert y Verstappen 2015: 5-6). No obstante, sobre este último, Akkermans (2008: 245) señala con acierto que:

[...] la autonomía de las partes está limitada pero no ausente. El *Typenfixierung* debería ser entendido en el sentido que las partes pueden dar un contenido a su relación dentro de los límites establecidos por el Derecho. Por ejemplo, un derecho real de servidumbre no puede comprender un deber positivo como un deber primario. Aunque las partes pueden acordar sobre el contenido de su relación, por ejemplo, el derecho a caminar sobre una determinada área de otro predio [mera abstención] como contraprestación por el pago de un precio, ellas no pueden acordar sobre un deber positivo [...] Sin embargo, dentro de los límites del derecho real las partes son libres de decidir. Lo que estos límites son dependerá de la naturaleza del derecho real.

La necesidad de distinguir ambas dimensiones se encuentra en determinar el contenido y las características de los derechos reales, con la finalidad de asegurar a los adquirentes un derecho cierto, favoreciendo la circulación de los bienes y la seguridad en las contrataciones (Morello 2008: 92; Lacruz 2008 T. III, vol. I: 12). De esta manera los autores alemanes colocan su atención sobre la oponibilidad y los terceros, elementos que ocupan la centralidad del debate actual sobre el *numerus clausus*.

Esta distinción de la doble dimensión en la ordenación de los tipos de los derechos reales es una característica de la cual partimos para formular nuestra «flexibilización del tipo» a través de grados. La tipicidad, entendida como la determinación del contenido de los derechos reales, se diferencia de la concepción tradicional que solo se restringía a entender a aquella como la proscripción en la creación de nuevos derechos reales por la autonomía privada, agotando la tipicidad en la regla del *numerus clausus*.

La concretización del *numerus clausus* es un problema que la academia alemana ha afrontado en modo específico, elaborando una regla de simplificación en los contenidos del derecho, por tanto, se destaca la presencia de elementos «esenciales» que son indicados con claridad y pueden ser resumidos en modo simple y exhaustivo por medio de la exigencia de la publicidad y la oponibilidad de los derechos frente a terceros (Morello 2008: 93).

### **3.3.3. ¿Qué entendemos por flexibilización del tipo en los derechos reales?: La ordenación de los tipos de derechos reales a través de grados**

La tipicidad se refiere a la determinación de un contenido legalmente establecido para un concreto derecho real, el derecho real visto como un «tipo». De lo anterior, se disocia la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna (fijación/flexibilización), pudiendo en este último tener mayor o menor relevancia la autonomía privada. Considerando ello, la ordenación de los tipos de los derechos contempla

dos (2) dimensiones: (i) una, referida a la proscripción/permisión de crear nuevos tipos de derechos reales (*numerus clausus/apertus*); y, (ii) otra, relativa a la proscripción/permisión de modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales (fijación/flexibilización del tipo).

Siguiendo esta idea, sostenemos que la ordenación de los tipos dentro de la categoría de los derechos reales puede ser expresada en tres (3) grados: (i) el grado de mayor restricción, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales ni modificar el contenido legalmente establecido de estos (por ejemplo, el modelo del argentino<sup>38</sup> y francés<sup>39</sup>); (ii) el grado de restricción media, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales, pero sí modificar el contenido legalmente establecido (modelo peruano<sup>40</sup>); y, (iii) el grado de nula restricción, en el cual es permitido a los particulares crear nuevos tipos de derechos reales, así como modificar libremente el contenido de estos (por ejemplo, el modelo español<sup>41</sup> y sudrafricano<sup>42</sup>). Se puede graficar de la siguiente manera:

---

<sup>38</sup> **Código Civil y Comercial de la Nación Argentina**

**Artículo 1884.- Estructura.** La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

<sup>39</sup> **Código Civil**

**Artículo 543.-** Se puede tener sobre los bienes un derecho de propiedad, o un simple derecho de goce, o tan sólo el poder de exigir servidumbres prediales.

<sup>40</sup> **Código Civil**

**Artículo 926.-** Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.

**Artículo 999.-** El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades.

<sup>41</sup> **Ley Hipotecaria**

**Artículo 2.-** En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:  
[...]

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

**Reglamento de la Ley Hipotecaria**

**Artículo 7.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

<sup>42</sup> **Deeds Registries Act 1937**

**Sección 63(1)**

Ordenación de los tipos de derechos reales		
<i>Typenfixierung</i> <sup>43</sup>	Fijación del tipo	Flexibilización del tipo
<i>Typenzwang</i>		
<i>Numerus clausus</i>	(i) Grado de mayor restricción	(ii) Grado de restricción media
<i>Numerus apertus</i>		(iii) Grado de nula restricción

Cabe precisar que, en el grado de nula restricción, la regla del *numerus apertus* no implica necesariamente una «atipicidad» como lo ha expresado un autorizado sector de la academia nacional (Torres 2006: 118-122; Ramírez 2004: 71-79; González 2013: 121-130), muy por el contrario, podrían presentarse casos en el que coexistan los tipos establecidos por el propio ordenamiento jurídico y, en adición a ellos, los establecidos por los particulares; siendo derechos reales tanto los establecidos por los particulares como por el ordenamiento jurídico.

Por ello se dice con acierto que: «[...] la problemática del *numerus clausus* es distinta, como es generalmente reconocido, de aquella de la tipicidad, atendiendo la primera a la exclusividad de la fuente, esto es, el ordenamiento limita la autonomía del sujeto, y la segunda a la determinación del contenido, esto es, del “tipo” de la situación real que el sujeto puede preseleccionar» (Comporti 2011: 225).

La conveniencia de un grado u otro dependerá de distintos factores. De esto, no importa si se adopta una graduación de restricción fuerte o media, será relevante que el conjunto de reglas «accesorias» que permitan reducir los costos antes mencionados. Siguiendo esta idea, si se adopta una regla de *numerus clausus* (mayor costo de frustración, menor costo de estimación), esta deberá ser compensada con un mayor margen de configuración del tipo y mayor cantidad de tipos (menor costo de frustración, mayor costo de estimación).

---

Ninguna escritura, o condición en una escritura, que pretenda crear o que incorpore ningún derecho personal [*personal right*], y ninguna condición que no restrinja el ejercicio de algún derecho de propiedad [*right of ownership*] con respecto a bienes inmuebles [*immovable property*], podrá ser registrada: siempre que una escritura que contenga tales una condición como la mencionada anteriormente puede ser registrada si, en opinión del *registrar*, tal condición es complementaria o de otro modo auxiliar a una condición o derecho registrable o conferido en dicha escritura.

<sup>43</sup> El *typenzwang* implica la proscripción de incorporar nuevos tipos de derechos reales por parte de los privados, esto es, una regla de *numerus clausus*; mientras que el *typenfixierung*, la proscripción de modificar los elementos esenciales del contenido de un derecho real ya establecido.

## Capítulo IV. Aproximación práctica a la noción de flexibilización del tipo en los derechos reales

### 4.1. El ámbito de flexibilización y los nuevos fenómenos apropiativos: sobre la manera en que la autonomía privada flexibiliza el contenido del tipo en los distintos derechos reales

Hasta este punto hemos expuesto con suficiente detalle nuestra noción de flexibilización del tipo y la distinción entre la determinación del contenido legal del derecho real (tipicidad) y la regla que establece su fuente (*numerus clausus/apertus*). Asimismo, nuestra crítica al actual debate sobre el *numerus clausus* c. *numerus apertus*, y la concepción de la «tipicidad» que se agota en el *numerus clausus*. Además de los corolarios extraídos de la noción francesa de los derechos reales como *desmembraciones* de la propiedad.

Sin embargo, nada de este esfuerzo conceptual tendría razón sin un necesario correlato en la moneda de los hechos. Considerando ello, en el presente capítulo buscamos exponer las implicancias prácticas de la reconstrucción conceptual de la tipicidad y la flexibilización del tipo de cara a los nuevos fenómenos apropiativos que se presenta en el tráfico jurídico y las discusiones jurisprudenciales más recientes.

#### 4.1.1. Las restricciones convencionales al ejercicio de la propiedad

Cuando hablamos de autonomía privada, ante todo, pensamos en un concepto asociado a la teoría del negocio jurídico, mas no a la categoría de los derechos reales, puesto que se sostiene que la libre configuración es ajena a esta última categoría. Las restricciones convencionales al ejercicio de la propiedad buscan romper con esa concepción, restricciones que encuentran sustento en la flexibilización del tipo. De esta manera, mientras el *numerus clausus* resulta necesario para la configuración ordenante de los derechos reales, la configuración del tipo puede ser flexibilizado, permitiendo la admisión de determinadas figuras que se enmarquen en el tipo del derecho real.

El Artículo 923 del Código Civil nacional define al derecho de propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Asimismo, el Artículo 882 del referido código establece que no se pueden establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar. Esto torna nulo todo pacto destinado a limitar la propiedad en el sentido de impedir su libre disposición, tanto para transferirlo como para otorgarlo en garantía del cumplimiento de alguna obligación. En ese sentido, se entiende que normativamente el derecho de propiedad puede ser restringido en su ejercicio, esto es, en el uso y disfrute.

Sin embargo, el derecho real de propiedad tiene algunas facultades implícitas como la edificación o la no edificación, o destinar el uso del bien a los fines que el propietario estime conveniente, entre otros<sup>44</sup>. Esta suerte de facultades *implicitas* pueden ser materia de

---

<sup>44</sup> «En tema de propiedad, por cuanto concierne a la facultad de goce, son tenidas como figuras válidas de cargas vinculadas a la conservación de la arquitectura y de la consistencia de un edificio, o a la estipulación de un contrato de locación a renta [*canone*] fija con un tercero, o a la destinación de algunas casas de habitación al uso gratuito para los pobres, o a la construcción de un nuevo edificio; y, en lo relativo al poder de disposición, se han considerado legítima las cláusulas temporales de inalienabilidad, o cláusulas a través de las cuales se impone la herencia de vender luego de cierto tiempo a un tercero y a un precio determinado, o se obliga a dichos herederos a efectuar una permuta sobre los bienes» (Comporti 2011: 150-151).

restricción o aumento como expresión de la propia flexibilización del tipo como veremos enseguida.

#### **4.1.1.1. Las restricciones voluntarias a las «alturas adicionales»: los certificados de derechos edificatorios de la Municipalidad Distrital de Miraflores**

La Ordenanza N.º 387/MM del 19 de julio de 2012, emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, tiene por finalidad identificar y delimitar las Microzonas de Valor Urbanístico de dicho distrito, estableciendo una regulación especial orientada a su conservación y protección, así como la identificación y delimitación de los Ejes de Aprovechamiento Potencial de Desarrollo Urbano los cuales serán receptores de las transferencias de alturas adicionales de edificación<sup>45</sup>, con la finalidad de asegurar las labores de conservación y mantenimiento<sup>46</sup> de las primeras. Dicha ordenanza fue reglamentada por la Ordenanza N.º 401/MM, publicada el 13 de mayo de 2013.

El mecanismo de transferencia de alturas adicionales de edificación es sencillo. Este permite a los propietarios de unidades inmobiliarias ubicadas dentro de las Microzonas de Valor Urbanístico «transferir» las «alturas adicionales» que pudieran construir, conforme a los parámetros urbanísticos de dicho distrito, a fin de que las unidades inmobiliarias ubicadas en aquellas Microzonas sean conservadas. Cabe precisar que acogerse al régimen de conservación y desarrollo que regula la presente ordenanza es una facultad libre para los titulares de predios ubicados en las Microzonas de Valor Urbanístico.

A las personas que se acogieran a este régimen, se les otorgaría un Certificado de Derechos Edificatorios que tendría la calidad de «título valor», es decir que podría ser transferido a cualquier persona que estuviera interesada en adquirirlas. El «valor» contenido en dichos certificados consistía en la posibilidad de edificar por encima de los parámetros urbanísticos en las zonas denominadas Ejes de Aprovechamiento Potencial de Desarrollo Urbano.

---

<sup>45</sup> La figura también es conocida en el Derecho italiano con el nombre de «cesión de volumetría» o «cubicación edificatoria». En el caso de los privados, este tipo de figuras se presenta con la finalidad de tener una conformación urbanística homogénea, esto es, una forma de planificación convencional privada (Guarneri 2011: 71). En ese sentido se tiene una suerte de derechos de superficie «recíprocos». Existe una experiencia similar también en Estados Unidos de Norteamérica bajo la forma del *transfer development rights* o TDR, aunque con matices más asociados a la planificación gubernamental (Ziegler 1996; Radford 1999; Walls y McConnell 2007), probablemente en esta última experiencia se inspiró la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Los certificados de derechos edificatorios también vienen siendo promovidos por el Ministerio de Cultura en coordinación con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento a través de la propuesta «Altura de la Cultura», aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 255-2017-MC, y se ha implementado con éxito en los departamentos de Arequipa, Iquitos y Trujillo. En este caso se ha optado por la denominación «Derechos Adicionales de Edificación Transferible» (DAET) y es descrito como «[...] el potencial constructivo no aprovechado en los inmuebles históricos y que puede ser transferido a inmuebles seleccionados en otras zonas de la ciudad» (Ministerio de Cultura 2017: 3).

<sup>46</sup> En el considerando de la Ordenanza N.º 387/MM se indica que corresponde a la administración municipal preservar y conservar las áreas o Microzonas que cuenten con edificaciones con características predominante homogéneas de sus fachadas, en cuanto a volumetría y perfil urbano, tipología y/o estilo arquitectónico, que conformen espacios o sub espacios con valor de conjunto apreciable desde el ámbito público, es decir, que tengan valor urbanístico; asimismo, busca promover el mantenimiento de éstas y aprovechar el potencial de desarrollo que el distrito de Miraflores ofrece.



El presente régimen especial resulta una figura interesante para nuestra investigación, puesto que establece restricciones en el ejercicio de la facultad edificatoria de la propiedad que, no obstante ser celebrados con la Municipalidad de Miraflores, tienen un carácter voluntario, puesto que las personas no están obligadas a seguir este régimen. Este régimen no puede ser considerado como una limitación a la propiedad de carácter administrativo, dado que no es una prerrogativa de la administración pública ejercida a través de su gobierno municipal, sino que este celebra convenios con los privados para la consecución de ciertos fines. Así, el «reglamento negocial» —que puede ser aceptado o no por el propietario— se encuentra en las ordenanzas números 387/MM y 401/MM.

De esta manera, resulta irrelevante la fuente de las normas que regulan la figura, en tanto que una reglamentación podría ser replicada entre privado, pensemos en una cesión de un derecho edificatorio al interior de un complejo inmobiliario. Sin duda alguna, en estos casos la implicancia práctica de una flexibilización del tipo permite que se configuren nuevas formas sobre el contenido específico del tipo del derecho real, siguiendo en el ejemplo, el tipo del derecho real propiedad faculta al titular a edificar o restringir en cierta medida esta prerrogativa. La óptica hohfeldiana del *bundle of rights* en la propiedad (Heller 1999: 1190) se revitaliza, desplazando la concepción romanista del «poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar» determinado bien.

**a) Del ejercicio del derecho de edificación en los Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano**

La Ordenanza N.º 401/MM establece que: «[...] la forma de aplicación de los derechos edificatorios contenidos en el Certificado de Derechos Edificatorios en los predios ubicados en Ejes de Aprovechamiento del Potencial del Desarrollo Urbano [...]». Al respecto, la ordenanza establece que para utilizar los certificados:

[...] el interesado en ejecutar una obra nueva o una ampliación en un predio ubicado en un eje de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano, además de presentar los requisitos establecidos en el en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), dependiendo de la modalidad de licencia, deberá señalar por escrito que cuenta con los siguientes documentos, indicando el número y fecha de emisión de cada uno: decreto de alcaldía que dispuso las limitaciones y restricción al predio materia de conservación, y el Certificado de Derechos Edificatorios otorgado.

Como indica el Artículo 11 de la referida ordenanza:

El certificado puede ser utilizado hasta agotar el área autorizada en el mismo, es decir, en caso se haya aplicado la altura máxima en un predio receptor sin agotar la totalidad de los derechos edificatorios, éstos pueden ser aplicados en otro predio receptor.

**b) Sobre los efectos frente a terceros de las restricciones a la facultad edificatoria**

Desde una aplicación práctica, resulta necesario analiza si es posible vincular a las personas que adquieran derechos sobre los predios, cuya posibilidad de edificación se encuentran restringidos por el régimen de las ordenanzas antes mencionadas. Es decir, si esta restricción es oponible a los posteriores propietarios del bien.

Para ello, se debe tener en cuenta que la figura regulada por las ordenanzas números 387/MM y 401/MM establecen un régimen privado de obligaciones contractuales, enfocadas a la valoración urbanística de ciertos predios, mediante el establecimiento de obligaciones de conservación por parte de los propietarios y restricción en el uso de dichos predios. En otras palabras, se busca crear obligaciones y derechos.

Sin embargo, estos derechos y obligaciones no servirían de mucho si es que no fuera vinculante para los sucesivos adquirentes, léase una excepción al principio de relatividad de los contratos. Es por ello que debemos tener claro que este certificado edificatorio contiene un derecho para su titular de edificación en los Ejes de Aprovechamiento Potencial de Desarrollo Urbano, por lo que si este derecho se contiene en un título transmisible este debe cumplir con los requisitos para la eficacia frente al deudor.

Al respecto, consideramos que es de utilidad lo señalado en el Artículo 8 de la Ordenanza N.º 387/MM:

#### **Artículo 8.- Titularidad de los Derechos de altura adicional de edificación**

La titularidad de los derechos de altura adicional de edificación corresponde al propietario del predio ubicado en la Microzona de Valor Urbanístico y/o al propietario del predio declarado como bien cultural inmueble por el Ministerio de Cultura, y estará vinculada a dicho inmueble.  
[...]

De una primera lectura, podríamos encontrar cierta contradicción en la norma, puesto que en la primera parte establece que «[L]a titularidad de los derechos de altura adicional de edificación corresponden al propietario»; con lo cual, la operación se agotaría en un solo acto. Es decir, que siendo el titular del derecho de altura adicional el propietario, este solo podría transferirlo una vez.

No obstante, consideramos que la interpretación de la norma debe ser teleológica, es decir, se debe atender a la finalidad circulatoria de los certificados edificatorios. Esta idea se refuerza cuando el referido artículo indica que el derecho de altura adicional de edificación «estará vinculada a dicho inmueble».

En efecto, consideramos que esto pesa sobre el inmueble, sea como «carga técnica» o como «servidumbre», lo que implica que la titularidad sobre aquel no influye en establecimiento del régimen. Esto es similar a lo que sucede con las unidades inmobiliarias sujetas a un régimen de propiedad exclusiva y común: no importa quién sea el titular, el predio estará afectado a dicho régimen.

Para este caso, la restricción al derecho edificatorio deberá cumplirse siempre y cuando no se varíe el régimen, sin importar quién sea el titular; por lo que no habría impedimento para que el tenedor del certificado edificatorio, pueda trasmitirlo libremente. En similar sentido, se podrá transferir mediante negocio jurídico, asimismo podrá dividirlo o endosarlo, en este último caso, se deberá dejar constancia del endoso en el dorso del certificado. Asimismo, el Artículo 9 de la Ordenanza N.º 401/MM señala que sobre los Certificados de Derechos Edificatorios se pueden realizar actos de transferencia, negociación, división y endoso, con lo que queda más que clara su finalidad circulatoria.

#### **4.1.1.2. El pacto de no edificación en general**

Como se mencionó anteriormente, las restricciones a la facultad de edificación pueden tener por fuente también a la autonomía privada, a través de un contrato. De esta forma, una vez más, se observa cómo las restricciones convencionales al ejercicio de la propiedad también permiten que se pueda modificar el contenido del tipo del derecho real propiedad. Una aproximación práctica la observamos en la sentencia de la **Primera Sala del Supremo Tribunal español del 4 de junio de 1990**, en la cual se resolvió el recurso casación interpuesto por Progelam SA en materia de venta de parcela con condición de no edificar que no constaba inscrita en el Registro.<sup>47</sup> Los hechos son los siguientes:

- El 13 de octubre de 1964, el señor Luis Enrique construyó un edificio, denominado Torre Belén, cuyo piso 11 C vendió en varo de la señora Inmaculada (demandante), mediante **escritura pública del 9 de octubre de 1967, en cuya estipulación sexta, el señor Luis Enrique se obligaba a no construir en los terrenos también de su propiedad, colindante con dicha Torre, en un frente de 18 metros hasta el mar**, a fin de no entorpecer la vista que gozaba la compradora, la señora Inmaculada.
- Al fallecimiento de Luis Enrique se adjudicó la citada parcela, sobre la cual se había establecido la carga de no edificar, a sus herederos, mediante **escritura de 5 de noviembre de 1979**. En ese sentido, la limitación de no edificar se extendía también a todos los herederos del señor Luis Enrique, es decir, su esposa, la señora Blanca y sus hijos, los señores Joñas, María Belén y Concepción.
- **Mediante escritura pública otorgada el 30 de diciembre de 1983, los herederos vendieron la parcela contigua a la Torre Belén (sobre la cual pesaba la carga de no edificar) a Progelam SA, en cuya escritura no se menciona la citada obligación de no construir y sin que aparezca la misma inscrita en el Registro de la Propiedad.**
- Cabe precisar que, ese día, el 30 de diciembre de 1983, y ante el mismo notario, se había constituido previamente Progelam SA, cuyos socios son A. J. V. con 5.998 acciones de 1.000 pesetas cada una, su hermano con una acción y la madre y la esposa (la señora Blanca) del propietario primigenio, el señor Luis Enrique con otra acción (para ambas); siendo el objeto social de Progelam SA la promoción y construcción de viviendas de Protección.

De lo anterior, podemos esquematizar los hechos de la siguiente manera:

---

<sup>47</sup> Si bien en el presente caso se analiza el alcance de la eficacia del pacto de no edificación, no por ello pierde notoriedad la restricción en sí, la cual permite evidenciar la importancia de la flexibilización del tipo del derecho real para la admisión de los nuevos fenómenos apropiativos.

Acto	Fecha	Intervinientes	Formalización
Compraventa	9 de octubre de 1967	Venta de <b>Luis Enrique</b> a favor de la señora <b>Inmaculada</b> , constando la carga de no edificar en la parcela contigua a la Torre Belén, a favor de la demandante. <i>Asimismo, cabe indicar que en esta compraventa también intervino la señora Blanca como cónyuge del señor Luis Enrique.</i>	Escritura pública
Adjudicación (sucesión)	5 de noviembre de 1979	Adjudicación a favor de los herederos del señor <b>Luis Enrique</b> , donde se encuentra su esposa, la señora <b>Blanca</b> .	Escritura pública
Constitución de empresa	30 de diciembre de 1983	La señora <b>Blanca</b> más cuatro personas constituyen la empresa Progelam SA	Escritura pública
Compraventa	30 de diciembre de 1983	Venta de los herederos (incluida la señora <b>Blanca</b> ) a favor de la empresa Progelam SA, en la cual ya no consta la obligación de no edificar a favor de la demandante.	Escritura pública y posterior inscripción

Fuente: elaboración propia.

En resumen, los hechos relevantes, que son materia de análisis por la Primera Sala del Supremo Tribunal español, plantean el escenario en que una restricción al libre ejercicio de la propiedad que, en el presente caso, se materializa en una restricción en la facultad de edificar («inedificabilidad») sobre el terreno contiguo a la Torre Belén por convenio de las partes que suscribieron el contrato de compraventa de 1967; siendo que, se busca de dotar de una oponibilidad, por tanto de eficacia negocial a dicha limitación, a los sucesivos adquirentes, aun cuando no se haya inscrito dicha restricción.

La Primera Sala del Supremo Tribunal español deniega el recurso de casación bajo los siguientes fundamentos:

#### Quinto

En el tercer motivo del recurso, por el cauce del art. 1.692-5 de la LEC, se denuncia la infracción del art. 1.253 del CC.<sup>48</sup> en materia de presunciones, ya que, se afirma, de la realidad del hecho base —coincidencia de las escrituras de compra de la parcela y constitución de la Sociedad en 30 de diciembre de 1983— no es posible obtener el hecho consecuencia o «afirmación presumida» por la Sala de que la clara intención de los contratantes era eludir el peso de esa limitación y actuar como un tercero sin cortapisa alguna: Tampoco el motivo prospera ya que, al margen de cuanto luego se expone, sobre la integración del concepto de buena fe en el adquirente que, es, no se dude, a donde conduce la gravitación del juego de la presunción y el núcleo del litigio, no es posible compartir la tesis del motivo de que, a pesar de admitir la verdad del hecho base, la obtención del hecho deducido carece de enlace preciso y directo, porque el pormenor de lo relatado, de la intervención de los mismos interesados en cuanto que la codemandada, actuó como esposa del vendedor en la escritura primitiva, y en estos dos instrumentos públicos por sí y en nombre de sus hijos menores de edad, no sólo vendiendo la parcela en cuestión sino constituyendo la sociedad, ha de derivarse la lógica convicción de que tal sociedad conocía la realidad de la existencia de la limitación controvertida, por lo que también el motivo fracasa.

#### Sexto

---

48 **Código Civil español**

**Artículo 1253.-** Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En el último motivo del recurso, se denuncia *ex art.* 1.692-5 de la Ley rituaría<sup>49</sup>, la infracción de los arts. 433<sup>50</sup> y concordantes del CC. sobre la buena fe y el art. 34<sup>51</sup> de la Ley Hipotecaria, por cuanto la Sala *a quo* niega el carácter de tercero de buena fe a los demandados en el negocio de que se ha hecho mención; la Sala antes de emitir su juicio censor al respecto, ha de puntualizar en línea de técnica jurídica cuanto sigue:

- a. Que, en puridad, a tenor, del *petitum* de la acción que se estima en la sentencia recurrida [...], más que referirse al problema a una estricta configuración del llamado tercero hipotecario del art. 34 de la Ley Hipotecaria con la correspondiente protección de la fe pública registral, [...] en rigor, deriva su cuestionabilidad, en dilucidar si, a consecuencia de la conducta de ése o esos adquirentes, los mismos habrán de contar con la tutela que el derecho general les depara cuando, realmente, han actuado con esa buena fe en su adquisición, sobre todo, al depender de esa actuación el que quepa o no imponer los efectos transmisivos de una condición de no disponer o una limitación al dominio, a quienes, al no estar la misma inscrita, no fueron los que la asumieron personalmente.
- b. La controvertida prohibición de no construir inserta en la citada cláusula 6º del documento de venta de 9 de octubre de 1967, es, ciertamente, una de las limitaciones a que se refiere tanto el art. 13<sup>52</sup> [...] [de la Ley Hipotecaria] como, incluso -especie de prohibición de disponer en parte- en el art. 27<sup>53</sup> de la Ley Hipotecaria, ambos, que

---

<sup>49</sup> También denominada Ley Procesal civil, constituye la columna vertebral de la regulación de los procedimientos civiles. Su denominación oficial es Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

<sup>50</sup> **Código Civil español**

**Artículo 433.-** Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

<sup>51</sup> **Ley Hipotecaria española**

**Artículo 34.-** El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

<sup>52</sup> **Ley Hipotecaria española**

**Artículo 13.-** Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.

Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo.

<sup>53</sup> **Ley Hipotecaria española**

**Artículo 27.-** Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

requieren respectivamente para su eficacia *erga omnes* o la general inscripción o bien, si se trata de la segunda prohibición, su acceso mediante la garantía real adosada, por lo que al carecer de aquella constancia *ab initio* no cabe esa proyección de efectos: mas no es éste el decurso resolutivo, que ha de partir de la esfera de transmisibilidad de efectos de los contratos por la sanción del art. 1.257<sup>54</sup> del CC. en cuanto que los mismos también afectan a los herederos de los contratantes, y en esa idea no parece exista duda en que la condición de no construir asumida personalmente por el primitivo vendedor [...], repercute, por supuesto, en su esposa e hijos menores o causahabientes del mismo, quienes, a su vez, y por intervención de la viuda supérstite y representante legal de los menores de edad, al vender la finca a la sociedad, en la que también interviene aquella consorte, sigue asumiendo como tales causahabientes la carga personal entonces plasmada.

- c. Resta finalmente dirimir si la sociedad adquirente participa o no de esa carga al no ostentar *per se* la cualidad de heredero del obligado, y, entonces, es cuando juega el concepto controvertido de su buena o mala fe, inclinándose por lo primero el juicio de la Sala *a quo* que debe prevalecer en los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 [...], habida cuenta que la propia esposa era la vendedora de la parcela sobre que recae la limitación y accionista de la entidad adquirente, con lo que no cabe por una elemental lógica, descartar que por esa sociedad no se conocía la realidad de la limitación o exclusión de la llamada ‘buena fe subjetiva’, [...] y por ello habrá de soportar asimismo las restricciones a su pura observancia, en su posterior conducta transmisiva o derivada del almacén negocial de que trae causa [...], por lo que la eficacia entre los interesados a tal condición declarada, ha de mantenerse.

Compartimos los fundamentos expuestos del Supremo Tribunal español por las siguientes razones:

- Primero, por una clara postura de inaplicar las normas registrales para el presente caso, reconociendo la tutela jurídica de la restricción convencional a edificar, aun cuando esta no estuviera inscrita.
- Segundo, por el rol preponderante que se le da a la buena fe, a partir de los hechos probados en la demanda, en consecuencia, se abre la puerta para desvirtuar las conductas que pueden ser contrarias a comportamiento correcto de las partes en un contrato (buena fe «objetiva», si se quiere).
- Se emplea la buena fe para dotar de mayores alcances a la restricción convencional, léase, para extender la eficacia negocial del contrato primigenio, esto es, enfocar la oponibilidad no como la mera «primacía» con «conflicto» de derecho, sino como una verdadera extensión de la eficacia negocial, lo cual vincula a las partes y a los sucesivos adquirentes que tengan su causa en este primer negocio, sobre la base de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

---

54 **Código Civil español**

**Artículo 1257.-** Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.  
Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.

Ahora bien, resulta de relevancia destacar que las restricciones convencionales como expresión de la flexibilización del tipo pueden ir, incluso, en contra de habilitaciones obtenidas legítimamente por el ordenamiento jurídico. Así, las restricciones estatutarias pueden vincular a las partes a no edificar, aun cuando las normas sobre parámetros urbanísticos y edificatorios lo permitan.

Esta idea se desarrolló en el caso resuelto por la **Sentencia N.º 401/2009 de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal español**, dictada el 28 de mayo de 2009, y relatado por Soria (2013: 2082-2084), en el cual se plantea la cuestión sobre si los dueños de las parcelas situadas en el ámbito de la comunidad han o no de ajustar la utilización y construcción a desarrollar a unos límites de edificabilidad impuestos por una mayoría de propietarios, frente a la posibilidad que el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid autoriza y aparece reconocido en licencias de construcción legítimamente obtenidas. Las limitaciones estatutarias se orientaban a controlar la densidad medida en unidades de vivienda, de manera que, aunque los titulares pudieran obtener licencia para edificar más de una vivienda en su parcela, no podrían ejecutar la obra por razón de su pertenencia al conjunto inmobiliario.

Entonces, en los complejos inmobiliarios se presentarán situaciones en las que una mayoría restrinja el ejercicio de la propiedad de las minorías. Como anota el fundamento primero de la sentencia analizadas:

La cuestión nuclear en torno a la cual gira la controversia se centra en determinar si es preferente la aplicación de la legislación en materia de suelo como se expresa en la sentencia de instancia o si, por el contrario, **ha de atribuirse prioridad a lo dispuesto en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios** apelante.

La sentencia brinda interesantes argumentos sobre la naturaleza de los pactos que restringen las facultades de los propietarios, contenidos en los estatutos, y su relación con los intereses generales. En ese sentido, el Tribunal Supremos español (*ibidem*: 2083-2084) indica lo siguiente:

## **SEGUNDO**

Los derechos de disfrute, dice la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, “tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere de una base material y objetiva [...]” Y es precisamente en defensa de los intereses generales y del régimen de propiedad horizontal, **lo que autoriza a los propietarios, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 del Código Civil, a configurar un régimen jurídico adaptado a esa peculiar naturaleza de las urbanizaciones privadas, limitando las facultades dispositivas de sus integrantes mediante la redacción de unos Estatutos** en los que se disciplinan los derechos y obligaciones de todos ellos, sin contravención alguna que pudiera afectar al contenido del derecho singular que asiste a cada uno, desde el momento en que van dirigidos a asegurar el disfrute de los comuneros; el equilibrio arquitectónico de la urbanización y a evitar un aumento de la densidad de la población en la misma, impidiendo la división o segregación de las parcelas en los términos que se establecen en el artículo 2; **estatutos que tienen una eficacia configuradora absoluta y que producen efectos reales entre las partes que contribuyeron a su formación y constitución a los que obliga junto a los**

demás que de los mismos traigan causa por virtud de un negocio jurídico posterior, al margen de la inscripción registral como sucede en este caso.

### TERCERO

[...] La necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares [...] El orden administrativo regula aspectos diferentes del civil, siendo ambos compatibles, **de tal manera que la construcción de las obras, aun cuando cuenten con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancias de los titulares de un derecho, como el de propiedad, a los que eventualmente puedan afectar**, como sucede en el presente caso.

### CUARTO

Las normas estatutarias no han sido impugnadas, ni el régimen establecido amplía ni desborda las facultades de derecho de dominio más allá de las limitaciones impuestas por la legislación administrativa, por lo que no puede hablarse con fundamento de la existencia de conflicto alguno entre el orden civil y el privado, sino de ámbitos distintos perfectamente conciliables, **en cuya virtud ha sido posible a la comunidad establecer un conjunto de reglas de constitución y de ejercicio de los derechos en orden al destino y a unos razonables que se ajustan a las previsiones mínimas impuestas por la normativa administrativa y al mejor disfrute de los intereses generales**, los cuales se verían afectados de llevarse a cabo la división de las parcelas y la posterior construcción extralimitada, en beneficio de uno de los comuneros y en perjuicio evidente de los demás.

El Tribunal Supremo español desarrolla con suficiente claridad el carácter exigible y válido de las disposiciones estatutarias que restringen la edificación aun cuando se cuente con una licencia administrativa. Asimismo, se indica que las disposiciones estatutarias serían vinculantes para los sucesivos condóminos. De esta forma, observamos que los nuevos fenómenos apropiativos requieren de un margen de discrecionalidad por parte de los privados, expresado en la flexibilización del tipo.

#### 4.1.1.3. Las limitaciones temporales al destino del uso del bien: ¿Por qué no es necesario el *numerus apertus* español?

También forman parte del listado de los pactos restrictivos del ejercicio de propiedad, por tanto, dentro del ámbito de la flexibilización del tipo en los derechos reales, las limitaciones temporales al destino del uso del bien. Es decir, aquellos pactos mediante los cuales se establece que un bien no puede ser usado para una determinada actividad. Por ejemplo, al interior de un centro comercial, se establece que solo los locales comerciales del primer nivel se pueden dedicar a la venta de alimentos o no se pueden dedicar a esta actividad más de un número determinado de locales. Este tipo de cláusula se suele justificar en razones de competencia (al limitar el número de actividades) o de ornato al interior de un complejo comercial. Este tipo de pacto fue materia de análisis por el Supremo Tribunal español, en la **sentencia del 3 de noviembre de 1992**. Los hechos materia de análisis fueron los siguientes:

- El 12 de febrero de 1973 la Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza adjudicó locales mediante subasta pública, cuyo anuncio comprendía cuatro locales destinados a farmacia y otros cuarenta y ocho, a uso distintos; los cuales tenían precios diferenciados. Asimismo, se hizo constar que para los locales no destinados a farmacia



quedaba terminante prohibido destinarlos a farmacia, por lo que el comprador se obligaba a no instalar, ni permitir que otra persona la instalara, con su autorización, así como a hacer constar las prohibiciones en cualquier contrato, y que el incumplimiento de estas normas conllevaba la resolución automática del contrato.

- De los cuatro locales destinados farmacia, se adjudicaron tres a favor de Luis Manuel y Mariana (codemandante); mientras que el Local N.º 13 fue adjudicado a Magdalena (codemandada), sobre el cual recaía la carga de no destinarlo a uso de farmacia.
- El 8 de junio de 1973, se suscribieron los contratos de compraventa con Mariana, destinado a farmacia, y con Magdalena, destinado a otro uso, **haciéndose constar en este último contrato la prohibición de dedicarle a establecimiento de farmacia, antes de que transcurran quince años** (por lo que la prohibición se encontraba vigente hasta junio de 1988), aun cuando el Colegio Oficial de Farmacéuticos concediese la preceptiva licencia.
- No obstante, la prohibición de destinar el Local N.º 13 al uso de farmacia, Juan Manuel (hijo de la codemandada Magdalena) solicitó del Colegio Oficial de Farmacéutico licencia de apertura. Ante dicha situación, el 26 de noviembre de 1976, María Cristina y María (ambas codemandantes) requirieron a Juan Manuel desistirse de su solicitud ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos, haciendo este caso omiso del requerimiento.
- En junio de 1977, Magdalena y su hijo Juan Manuel, celebraron contrato de arrendamiento sobre el Local N.º 13, iniciando este su actividad como farmacéutico en ese local con posterioridad.

Sobre la controversia se iniciaron dos procesos. El primero de ellos destinado a declarar la resolución del contrato de compraventa otorgado por la Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza contra Magdalena por haber incumplido la restricción en el destino del uso del bien. Así, en el proceso iniciado por la Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza contra Magdalena y su esposo, ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 12, se dictó sentencia el 30 de mayo de 1979, declarando resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la Cooperativa y la compradora que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en su sentencia de 20 de marzo de 1981; la cual, a su vez, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, siendo desestimado por este mediante sentencia del 29 de mayo de 1982.

En relación con el segundo proceso —y que es materia de análisis—, fue iniciado por Elisa, Marisol y su esposo Carlos Jesús, Mariana y Mará Cristina contra Juan Antonio y Magdalena, Juan Manuel y Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza, ante el Juzgado N.º 6 de Primera Instancia de Madrid con las siguientes pretensiones:

- a) Se declare la nulidad de pleno derecho del contrato de arrendamiento suscrito entre Magdalena y su hijo Juan Manuel sobre el Local N.º 13, ahora propiedad de la Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza; en consecuencia, se ordene que el inquilino Juan Manuel abandone el referido local, bajo apercibimiento de ser lanzado.

- b) Se ordene el pago a favor de los demandantes de 19'125,000.00 pesetas por concepto de daños y perjuicios, en vía de responsabilidad extracontractual.

Mediante Sentencia del 25 de marzo de 1987, se declaró nulo de pleno derecho el contrato de arrendamiento suscrito entre Magdalena y su hijo Juan Manuel, sobre el Local N.º 13, en consecuencia, se ordenó la desocupación de dicho bien. Siendo apelada dicha sentencia por Juan Manuel, en la Sentencia del 2 de febrero de 1990, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió confirmando la sentencia de primera instancia.

El demandado Juan Manuel interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia denunciando la interpretación errónea de los artículos 6.4<sup>55</sup> y 1091<sup>56</sup> del Código Civil, los cuales se refieren al fraude a la ley y la fuerza vinculante de los contratos, respectivamente.

Al respecto, el Supremo Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el codemandado Juan Manuel, contra la Sentencia del 2 de febrero de 1990, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, casándola y anulándola; asimismo revoca la sentencia dictada por el magistrado de primera instancia del 25 de marzo de 1987 y, actuando como instancia, desestimando todas las excepciones procesales formuladas, también desestima íntegramente la demanda bajo los siguientes fundamentos:

#### **SEXTO**

Entrando ya en el conocimiento de la cuestión de fondo litigiosa, es evidente que viene constituida por las dos pretensiones formuladas por los actores: Una, la declaración de nulidad de pleno Derecho del contrato de arrendamiento suscrito entre Magdalena y su hijo Juan Manuel [...], y otra, la de reconocimiento de una responsabilidad extracontractual de los codemandados, a fin de que indemnicen, por el concepto de daños y perjuicios, a los actores [...] Por lo que respecta a la primera de las acciones, es indiscutible que, en el pliego de condiciones de la subasta, acordada por la cooperativa de viviendas para la adjudicación de una serie de locales, se hizo constar como prohibición —que afectaba a aquellos cuyo destino fuera distinto al de establecimiento de farmacia— la relativa a la imposibilidad de dedicarles a tal menester, prohibición que queda recogida, de manera expresa y terminante, en el posterior contrato de compraventa celebrado [entre la cooperativa de vivienda y Magdalena], en 8 de junio de 1973 [...] las obligaciones que comportaba la prohibición y los efectos y consecuencias inherentes al incumplimiento; y, asimismo, resulta indiscutible que la expresada Magdalena y su hijo Juan Manuel conocían perfectamente la cláusula prohibitiva cuando convinieron y suscribieron el contrato de arrendamiento del local, en 1 de junio de 1977. Ahora bien, **en el otorgamiento del referido arrendamiento concurrieron, evidentemente, los requisitos**

---

55 **Código Civil español**

#### **Artículo 6. –** (...)

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

56 **Código Civil español**

**Artículo 1091.-** Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

prevenidos en el art. 1.261<sup>57</sup> del Código Civil, no pudiendo sostenerse que alguno de ellos quedara invalidado o desvirtuado por el hecho del conocimiento mencionado, cuya omisión no cabe identificarla con cualquiera de los supuestos que recoge el art. 1.255<sup>58</sup> del Código [...] Indudablemente, tampoco, esa conducta omisiva, podía privar de licitud a la causa del arrendamiento, y, desde luego, ni este contrato, ni el de la compraventa antecedente, permiten semejanza alguna con la figura de la simulación. Por otro lado, aunque la conducta de Magdalena y Juan Manuel pudiera de tildarse de dolosa o culposa en el ámbito contractual, su repercusión afectaría [solo] al contrato de compraventa, con la consecuente entrada en juego de las sanciones figuradas en la cláusula octava [...]

#### SÉPTIMO

Indudablemente, el otorgamiento del arrendamiento representó un innegable incumplimiento contractual de la cláusula limitativa establecida en la compraventa, pero sus efectos y consecuencia, dentro del estricto marco contractual, **se extendía a las partes intervinientes, Magdalena y la cooperativa, esencialmente, ya que por así disponerlo el art. 1.257<sup>59</sup> del Código, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]** Lo dicho comporta, inevitablemente, **que los actores, en cuanto que litigan como titulares de locales de farmacia, carecen de acción y de la necesaria legitimación para pretender la nulidad del tan reiterado contrato de arrendamiento [...]** Por consiguiente, cuantas consideraciones han sido formuladas en el presente fundamento y en el precedente originan la inviabilidad de la primera pretensión del suplico de la demanda.

#### OCTAVO

Pasando a examinar la segunda de las pretensiones, para ésta, a diferencia de la primera, **sí se encuentran legitimados los actores pues al tener como fundamento la responsabilidad extracontractual del art. 1.902<sup>60</sup> del Código Civil**, no cabe desconocer, en principio, que la apertura de la farmacia por Juan Manuel bien pudiera haberles originado un perjuicio cuantitativo, sin embargo, como las tres partes codemandadas han opuesto al ejercicio de tal acción el transcurso del plazo de un año que, como elemento prescriptivo, se establece en el

---

57 **Código Civil español**

**Artículo 1261.** – No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes.

2º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º Causa de la obligación que se establezca.

58 **Código Civil español**

**Artículo 1255.** – 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.

59 **Código Civil español**

**Artículo 1257.** – Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

60 **Código Civil español**

**Artículo 1902.** – El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

art. 1.968<sup>61</sup> del precitado texto sustantivo, [...] todo ello indica, en cualquier caso, que desde que las actoras vinieron en conocer la instalación farmacéutica del Sr. Juan Manuel [diciembre de 1977] hasta la presentación de la demanda, 10 de septiembre de 1986, transcurrió con exceso el plazo del año referenciado, y de aquí, que al tener que acogerse la excepción de que se hizo mérito, no haya necesidad de analizar la concurrencia o no de los requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual reclamada en el segundo pedimento del suplico de la demanda, lo que determina, en definitiva, la desestimación de semejante pretensión.

Como se puede observar de los fundamentos expuestos por el Tribunal Supremo español, la consecuencia del incumplimiento de un pacto que restringe el uso de un bien puede ser establecido previamente, en este caso la resolución del contrato.

En relación con la primera pretensión de la demanda, el Tribunal Supremo resuelve declarar infundada la pretensión puesto que, sobre la base del principio de relatividad de los contratos, los demandantes carecen de legitimidad para interponer una nulidad sobre el contrato de arrendamiento celebrado entre Magdalena y su hijo Juan Manuel; asimismo, menciona que dicho contrato cuenta con todos los elementos de validez del negocio jurídico, siendo que, en el hipotético caso de contar con legitimidad las partes actoras, estaríamos ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad, presumiblemente por la conducta doloso de los contratantes para incumplir la cláusula restrictiva del contrato de compraventa primigenio.

Al respecto, consideramos que, en efecto, no nos encontramos ante un supuesto de nulidad, puesto que el contrato de arrendamiento cuenta con los elementos de validez y no materializa algún supuesto de nulidad, menos aún los supuestos de fraude a la ley o abuso del derecho en el que se fundamentan las dos primeras instancias; ni siquiera considero que se trate un supuesto de anulabilidad, dado que las partes contratantes celebraron sin vicios en su voluntad. Más bien, se trataría de un supuesto de resolución del contrato de arrendamiento al devenir inejecutable la prestación principal de la arrendadora Magdalena, es decir, procurar el uso del bien por parte del arrendatario, su hijo, Juan Manuel. En ese sentido, se excluiría la potestad de los demandantes de solicitar la resolución del contrato, al ser solo competencia de las partes la declaración de resolución.

El mecanismo de tutela del interés de los demandantes al no verse perjudicado por la actividad farmacéutica del arrendatario Juan Manuel, se realizaría a través de la exigencia del cumplimiento de la obligación de la Cooperativa de Vivienda Virgen de la Esperanza de restringir el destino del uso del bien, para lo cual, habiéndose resuelto el contrato primigenio de compraventa con Magdalena, deberá solicitar la restitución del bien en posesión del actual arrendatario Juan Manuel, en tanto que no media relación contractual entre este y los demandantes.

Otro caso similar se presentó en el resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona a través de la **Resolución N.º 386/2016 del 21 de diciembre**, como nuevo pronunciamiento al fallo que fuera anulado por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en vía de casación. En este caso se discute la *oponibilidad* de un derecho de «uso y disfrute» con el

---

<sup>61</sup> Código Civil español

**Artículo 1968.** – Prescriben por el transcurso de un año:

1º La acción para recobrar o retener la posesión.

2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.

cual se destinaban al uso de «zona de carga y descarga» los puestos números 19 y 20 dentro de una galería de alimentación. Los hechos materia de análisis en este caso fueron los siguientes:

- Mediante subdivisión realizada por escritura otorgada el 3 de febrero de 1982, la promotora Pegalu SA conformó los locales 19 y 20, los cuales se sujetaron a las normas especiales de «propiedad horizontal y servidumbres» por estar destinadas a un conjunto como «Galería de Alimentación».
- Con escritura otorgada el 22 de marzo de 1984, doña Josefa compró a Pagalu SA los locales número 19 y 20.
- El 16 de mayo de 1984, el entonces presidente de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial presentó ante el Ayuntamiento de Barcelona una solicitud de legalización de las instalaciones y concesión de la consiguiente licencia de apertura de la «Galería de Alimentación». Sin embargo, durante la inspección municipal, se constató que la obra realizada no coincidía con la licencia para la galería de alimentación concedida el 25 de setiembre de 1981, debido a la supresión de las zonas de carga y descarga, requiriendo a la Comunidad de Propietarios realizar las adecuaciones necesarias. Las zonas de carga y descarga requerían que los puestos números 19 y 20.
- El 28 de mayo el Ayuntamiento de Barcelona requirió directamente a doña Josefa que procediera «de inmediato al desmonte de los puestos 19 y 20 de las Galerías Comerciales [...] por cuanto dicho espacio se halla destinado a muelle de carga y descarga, habiendo sido objeto [...] de un cambio de uso a puesto de venta, careciendo de la preceptiva licencia municipal, y no ser legalizable dicho cambio de uso».
- El 15 de octubre de 1986, doña Josefa otorgó escritura unilateral de «carta de pago» manifestando haber percibido de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial la suma de 2 000 000.00 de pesetas por la cesión del derecho «de uso y disfrute» de los locales 19 y 20 y de cuanto ellos «sea inherente como principal o accesorio, en especial, por la utilización [...] como muelles de carga y descarga».
- La referida escritura fue presentada ante el Registro de la Propiedad el 22 de mayo de 2008 por la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial sin que obtener su inscripción. Asimismo, a partir de dicha cesión esta comunidad tomó posesión de los locales, asumiendo dicha comunidad todos los gastos relativos a los referidos locales. Sin embargo, doña Josefa no perdió en ningún momento el dominio formalmente de dichos locales.
- En la subasta pública del 15 de febrero de 2007 (promovida por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social contra doña Josefa), se adjudicó al sr. Eulalio el local número 19 del centro comercial. Asimismo, mediante escritura de compraventa del 11 de marzo de 2010, el señor Eulalio adquirió de doña Josefa la propiedad del local número 20.
- En dicha escritura pública se hizo constar que el comprador conocía y aceptaba «todos los pactos y condiciones por los que se rige la comunidad de propietarios del total inmueble del que forman parte las entidades que por la presente se adquieren [...] el

estado legal y físico de la finca [...] por haberla visitado con anterioridad, así como el estado general del inmueble [...].».

- Posteriormente, y pese a las declaraciones contenidas en las escrituras públicas, el señor Eulalio demandó a la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial, afirmando haber adquirido los locales 19 y 20 libres de cargas y gravámenes, peticiona se le «reconozca» (sic) la inoponibilidad del denominado «derecho de uso y disfrute» de los expresado locales sobre la base de: (i) la falta de oportuna inscripción registral, (ii) la ausencia de acuerdo unánime de la junta de copropietarios y (iii) la protección registral que, en su condición de tercer adquirente, le confiere el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (española).

Antes de iniciar el análisis del caso, resulta conveniente brindar algunas apreciaciones previas. Primero, el presente caso, pese a surgir la restricción como una necesidad municipal, la vía adoptada para satisfacerla fue a través de acuerdo entre los privados, es decir, mediante la autonomía privada por lo que aún nos encontraríamos frente a un supuesto de la propia flexibilización del tipo derecho real de propiedad.

Segundo, el presente caso no versa sobre un derecho real de usufructo ni la constitución de una servidumbre. Sobre el primer derecho, no sería un usufructo toda vez que justamente lo que se ha restringido es el destino de uso de bien, cosa que se encuentra totalmente proscrita para el usufructuario. En relación con la servidumbre, tampoco sería tal porque el cambio o restricción en el destino del uso del bien implica una restricción casi total del derecho de propiedad, siendo que para la servidumbre la restricción sobre el predio sirviente no debe ser de tal magnitud que impida su propio uso.

Todo esto nos lleva a la cuestión central: ¿qué «derecho de uso y disfrute» (con alteración del destino de uso) se ha concedido a la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial? ¿Podría ser este «derecho de uso y disfrute» una forma flexibilizada del tipo derecho real de propiedad? ¿Estaríamos frente a un derecho real «innominado» o «atípico»? Al respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona señaló lo siguiente:

**SEXTO. - Eventual caracterización como derecho real innominado del adquirido por la Comunidad de Propietarios demandada sobre los controvertidos locales**

[...]

Habiendo descartado el Juzgado, con argumentos que compartimos, que la transmisión onerosa hubiera tenido por objeto el usufructo de los departamentos (su conversión en muelles de carga y descarga del centro comercial suponía la sustancial alteración del originario destino económico comercial), tampoco encaja el adquirido por la comunidad en la definición legal del derecho de uso (faltaría tanto el carácter personal como la nota de temporalidad que establecen los artículos 562-1 y ss. CCCat. [Código Civil Catalán]) ni, por su puesto, en el de servidumbre (a tenor del art. 5661.1 CCCat., «grava parcialmente una finca»). Se trataría, pues, de un derecho real innominado.

Recordemos que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada y el sistema de *numerus apertus* que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario, tanto el Tribunal Supremo como la DGRN [Dirección General de los Registros y del Notariado] admiten la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, como medio de adaptar las categorías jurídicas a las

exigencias de la realidad económica y social, en especial y, por lo que aquí nos interesa, en situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal [...]

Como razona la RDGRN de 18 de febrero de 2016, el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento permite tanto la constitución de nuevos derechos reales, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. Artículo 2.2º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), como la alteración del contenido típico de los ya previstos legalmente.

Cierto que, dado su significado económico-político y trascendencia *erga omnes*, la constitución de un derecho real limitado de goce (tradicionalmente denominado «sobre cosa ajena») tiene como límite el respeto a las características estructurales típicas de los derechos reales (inmediatividad o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa y carácter absoluto o deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio), siendo preciso que las facultades concedidas al titular y la consiguiente limitación del dominio que conlleven queden adecuadamente precisadas [...]; por tanto, según la resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2009, **(i) que la figura creada presente las características propias de un derecho real configurándose como tal bien de forma expresa, bien mediante estipulaciones que, indirectamente, pero de forma clara, permita colegir dicha naturaleza real y, (ii) que las partes regulen todos los efectos jurídicos de la figura nueva o que contemplen la remisión a los propios de otro derecho sí previsto legalmente [...]**

Nos parece sin embargo claro que tales requisitos concurren en el caso de autos teniendo en cuenta: (1) que la discutida cesión a favor de la Comunidad de Propietarios demandada operó en el específico ámbito de la propiedad horizontal, sujeto a una exhaustiva regulación legal y, (2) que [...] caso de ser insuficientes las previsiones contenidas en el título constitutivo, podrían completarse convencional o judicialmente a los fines de que la titularidad quedara plenamente configurada.

Este caso muestra la necesidad tangible del desarrollo de la flexibilización del tipo como una forma de admisión de las nuevas formas apropiativas. El presente caso muestra un aspecto tal vez poco desarrollado del derecho real de propiedad: las restricciones convencionales al destino del uso del bien. Consideramos, en efecto, que la prerrogativa de modificar el destino del uso del bien es una facultad implícita del derecho real de propiedad. Teniendo ello presente, no resulta necesario, pues, adscribir a una regla del *numerus apertus* para brindar una mayor tutela a favor de quien se ha restringido el destino del uso del bien.

De otra parte, la aplicación de la regla del *numerus clausus* presenta un serio inconveniente, la necesidad de una regulación del contenido del nuevo derecho real *innominado* creado por autonomía privada. Nos referimos a que con dificultad las partes se encuentran en un nivel de diligencia que les permita detalladamente regular el contenido del *nuevo* derecho real, asimismo, es poco probable que hayan aplicado una regla de aplicación supletoria de un «tipo» de derecho real análogo. En este contexto, la decisión final es probable que recaiga en un juez o árbitro quien deberá identificar mediante la calificación a qué «tipo» de contrato (en todo caso) se asemeja el celebrado por las partes para, de esa manera, aplicar las reglas de dicho contrato de forma supletoria.

Frente a la interpretación de la Audiencia de Provincial de Barcelona por la razón mencionada, la flexibilización del tipo presenta ostensibles ventajas. Al ser la configuración del derecho real solo una forma modificada del contenido del «tipo jurídico-estructural» se torna de necesario cumplimiento que los operadores jurídicos apliquen las normas que

corresponden al tipo flexibilizado y, eventualmente, las normas de la categoría general del derecho real.

En resumen, los casos expuestos muestran la importancia práctica de la flexibilización del tipo en los derechos reales como forma más permeable a la admisión de las nuevas formas apropiativas que se presentan progresivamente en el tráfico jurídico sin la necesidad de modificaciones legislativas inmediatas.

#### **4.1.2. La flexibilización del tipo en el derecho real de superficie**

El derecho real de superficie —dice nuestro Código Civil— permite al superficiario «gozar de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.» Un derecho que no puede durar más de noventa y nueve años, indica también nuestro código. En ese sentido, se suele admitir que existen dos derechos de propiedad concurrentes en una clara excepción al principio de accesión que rige en materia de derechos reales (Morello 2008: 155; Guarneri 2011: 1-8).

Como elementos típicos es la existencia de dos derechos coexistentes, el carácter temporal (Artículo 1030), su constitución a través de actos entre vivos o vía testamentaria y libre transmisibilidad (Artículo 1031), su pervivencia pese a la destrucción de lo construido (Artículo 1033), y la accesividad de los derechos constituidos por el superficiario a favor de terceros (Artículo 1034). Los elementos y las características que establece el código, como se aprecia, son pocos y, por tanto, con un amplio margen para la flexibilización del tipo como se expone a continuación.

##### **4.1.2.1. La facultad de «sobreelevación» o «subedificación» en virtud de un derecho de superficie**

Habitualmente el derecho de superficie se suele ejercer sobre o debajo del suelo, no obstante, se discute sobre la posibilidad de ejercer este derecho sobre una construcción que pertenezca a un tercero. Es decir, habiéndose ya edificado, se constituye el derecho de superficie con la posibilidad de construir sobre aquella.

En Italia<sup>62</sup>, como expone Guarneri (2011: 21), la *Corte di Cassazione* se ha mostrado favorable a admitir el derecho de superficie en los casos de sobreelevación, así se ha manifestado que:

El derecho de superficie de conformidad con el art. 952 c.c. no es solo aquel de hacer y mantener la propiedad de una construcción sobre el suelo, distinta de aquella del suelo, sino también aquel de erigir, sobre un edificio ajeno ya existente, una construcción distinta de la misma propiedad del edificio.

En este escenario, pueden presentarse tres supuestos: (i) que la edificación pertenezca al propietario único o condóminos del suelo (regla de accesión), (iii) que la edificación esté sujeta a un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o (ii) que la edificación

---

<sup>62</sup> Se debe anotar que en Italia existe un artículo propio (Artículo 1127) para la construcción en sobreelevación o en el último piso del edificio, no obstante, esta figura se regula dentro de los supuestos de condominio en los edificios, por lo que supone que quien edifica lo hace en virtud de un derecho de propiedad pleno. A diferencia de ello, exponemos los argumentos para admitir esta sobreelevación en los casos del derecho de superficie.



pertenezca a una persona distinta del (o los) propietario(s) del suelo, por ejemplo, un propietario superficiario. Esto se ha denominado «derecho» (*rectius*, facultad [Guarneri 2011: 46]) de «sobre elevación» y de «subedificación» con ocasión del derecho de superficie (Corvo [s/f]; Guarneri 2011: 46; Pérez 2004: 96).

Sobre este primer escenario planteado, el Tribunal Registral se ha mostrado favorable en la **Resolución N.º 1451-2016-SUNARP-TR-L** del 15 de julio de 2016 en el cual se solicitó la inscripción del derecho de superficie otorgado por Walton Group SA, a favor de Trujillo Corporation SA, respecto del Local N.º 1 inscrito en la partida electrónica N.º 41568909 del Registro de Predios de Lima. Esta decisión, el Tribunal Registral señaló lo siguiente:

7. Tenemos entonces que dentro de los elementos personales, aquel que constituye el derecho de superficie tiene que ser propietario del predio dentro de los elementos reales, el derecho de superficie tiene que constituirse o sobre el suelo (sin edificar o ya edificado), o bajo la superficie del suelo (sin edificar o ya edificado), o bajo la superficie del suelo.

Si hablamos del supuesto materia de apelación, donde se quiere constituir derecho de superficie sobre una sección de propiedad exclusividad sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común [...], se evidencia que no se cumple con uno de los elementos personales para la constitución del referido derecho, cual es que el concedente sea el propietario del suelo o terreno (en este caso edificado), puesto que conforme al Reglamento Interno del edificio el terreno tiene la calidad de bien común, es decir, que es un tipo de copropiedad especial entre los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva.

8. Lo expuesto no quiere decir que no pueda coexistir el derecho de superficie con el régimen de propiedad horizontal, porque como admite el literal a) del [A]rt. 134 del DS N.º 35-2006-VIVIENDA, puede constituirse el derecho de superficie sobre el terreno en el que se edificará la construcción sometida a este régimen, esto es, que el suelo puede pertenecer a un propietario distinto (propiedad separada) a los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva, sin embargo, este caso implica que quien constituya el derecho de superficie sea el propietario del suelo, a diferencia del supuesto objeto de análisis, donde no se ha constituido derecho de superficie por el propietario del suelo, sino que el terreno sobre el que se ha construido la edificación tiene la calidad de bien común, sujeto a los alcances de la Ley N.º 27157 y su reglamento.

[...]

9. En resumen, puede constituirse el derecho de superficie por el propietario de un terreno, conservando la propiedad del suelo, y que se constituya el régimen de propiedad horizontal sobre la edificación levantada sobre el suelo, del modo siguiente:

- a) Que el propietario del suelo (sin construir o solar) constituya derecho de superficie sobre su predio, conservando la propiedad del suelo, y que posteriormente el superficiario construya una edificación (propiedad superficiaria) sujeta al régimen de propiedad horizontal.
- b) Que el propietario del suelo edifique sobre el mismo y constituya derecho de superficie a fin de transferir (temporalmente) lo edificado al superficiario, sujetándose dicha edificación al régimen de propiedad horizontal.
- c) Que el propietario del suelo edifique sobre el mismo y constituya derecho de superficie sobre los aires reservados de la edificación (sobresuelo) a fin de que el superficiario construya más pisos sobre dichos aires (lo que constituirá la propiedad superficiaria), quedando sujeta esta ampliación al régimen de propiedad horizontal.

En estos casos se crea un derecho de propiedad inmobiliario temporario, porque aquellos que adquieran las secciones de propiedad exclusiva lo harán sabiendo que al finalizar el plazo del derecho de superficie la propiedad (construcción) revertirá al propietario del suelo (o aires), salvo que se haya pactado en contrario.

Los supuestos previstos en los literales a) y b) no implican mayores complicaciones de orden teórico, toda vez que son las formas habituales de constitución de un derecho de superficie. Contrariamente, el literal c) plantea una forma «flexibilizada» del derecho de superficie, un derecho de superficie que se constituye en sobreelevación, separado del suelo.

Incluso, el Tribunal Registral admite que sobre este derecho de superficie se pueda constituir un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, constituyéndose un denominado «derecho de propiedad inmobiliario temporario», el cual se extingue al término del derecho de superficie en atención al Artículo 1034 del Código Civil, dicho de otra manera, «[...] se admite la utilización de un derecho temporal como la superficie, como fuente para la creación de un régimen jurídico que generalmente tiende a la permanencia (propiedad horizontal). Pero más allá de esta peculiaridad, el esquema propuesto es perfectamente posible» (Del Risco 2017: 229).

En resumen, el Tribunal Registral se muestra admisible en la constitución del derecho de superficie sobre edificación (es decir, en sobreelevación), siempre y cuando, aquel derecho sea concedido por quien sea propietario tanto del suelo como de lo edificado, asimismo, no revestiría mayor complejidad en el caso de la copropiedad, en caso haber consenso entre todos los condóminos.

Sin embargo, el Tribunal Registral no describe como supuestos admisibles los otros dos casos planteados líneas arriba. Iniciemos por el segundo escenario propuesto, es decir, que la edificación esté sujeto a un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. Este es el escenario planteado en el título materia de inscripción en el caso expuesto y sobre el cual se deniega la inscripción registral bajo el siguiente fundamento:

Si hablamos del supuesto materia de apelación, donde se quiere constituir derecho de superficie sobre una sección de propiedad exclusividad sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común [...], se evidencia que no se cumple con uno de los elementos personales para la constitución del referido derecho, cuál es que el concedente sea el propietario del suelo o terreno (en este caso edificado), puesto que conforme al Reglamento Interno del edificio el terreno tiene la calidad de bien común, es decir, que es un tipo de copropiedad especial entre los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva.

Sobre el particular cabe preguntar si la sola condición de un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, como una suerte de «copropiedad especial», impide de plano la constitución de un derecho de superficie, más aún, si el Código Civil no lo prohíbe de forma expresa.

Si bien es cierto que el supuesto previsto en el Artículo 1030 del Código Civil hace referencia a que «[a] su vencimiento [de la superficie], el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido [...]», consideramos que la interpretación de este artículo no debe ser leído de forma restrictivo, con mayor razón si se busca dotar de cierta vigencia a las normas que regulan la superficie.

Por ejemplo, un criterio favorable de este supuesto es el adoptado por el Código Civil y Comercial argentino, cuyo Artículo 2118 señala que «[l]egitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.»

En adición, y siguiendo un razonamiento *a maiori ad minus*, si el Tribunal Registral ha admitido la posibilidad que se constituya una propiedad inmobiliario temporario derivado de un derecho de superficie, con mayor fuerza podría admitirse que los titulares sujetos a un régimen de propiedad horizontal puedan constituir un derecho de superficie en sobreelevación.

Por último, retomando al tercer supuesto planteado (esto es, que la edificación pertenezca a una persona distinta del propietario del suelo), podrían presentarse dos escenarios distintos: (iii.a) que el propietario del suelo haya concedido el derecho de superficie hasta cierta altura, pudiendo otorgarse una segunda (por ejemplo, la ejecución de un proyecto por fases), o (iii.b) que el superficiario transmita su derecho de forma parcial, dicho de otra manera, se constituya una «transmisión parcial “pro parte”» (Gonzales 2013: 1840-1841), una co-superficie.

Como se puede observar, la flexibilización del tipo permite la configuración de distintas formas dentro del derecho, modificando parcialmente el contenido hasta los límites permitidos por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Tribunal Registral ha realizado un acercamiento a nuevas formas, sin embargos, como hemos advertido con la facultad de «sobreelevar», no son todas las formas posibles.

#### **4.1.2.2. De la consolidación a la opción de compra: sobre el otorgamiento de un derecho de superficie a favor del acreedor como forma de aseguramiento del cumplimiento de un crédito**

En un reciente artículo, Del Risco (2017: 231-232) destaca uno de los usos cada vez más frecuente del derecho de superficie: el otorgamiento de un derecho de superficie a favor del acreedor como forma de aseguramiento del cumplimiento de un crédito. Tomamos prestado el siguiente ejemplo (*ibidem*: 231):

El dueño de un predio desea desarrollar en él un proyecto inmobiliario de gran envergadura. Para tal efecto requiere conseguir financiamiento. Entre sus planes no está poner en riesgo la titularidad del suelo por la escasez de terrenos atractivos en el área urbana, por lo que no es viable constituir una hipoteca a favor del banco que provea los fondos para el proyecto. Por el lado del acreedor, tampoco es atractivo recibir una hipoteca sobre el inmueble, ya que es ampliamente conocido que en el Perú los procesos de ejecución de garantías demoran mucho. Razones más razones menos, lo cierto es que ninguno de los dos lados de la relación crediticia está interesados en utilizar este derecho real de garantía.

Resulta clara la utilidad práctica de la superficie para los fines descritos. Ahora bien, queremos enfatizar en otro aspecto de la configuración de este tipo de operaciones financieras: la opción de compra a favor del dueño del suelo. En efecto, en este tipo de operaciones, se suele conceder una opción de compra a favor del dueño del suelo para que, al término de la cancelación de las cuotas establecidas, pueda adquirir la edificación, caso contrario ser adquirido por el superficiario-acreedor.

Esta clase de cláusula expresa una forma flexibilizada del contenido del tipo en el derecho real de superficie. Como es sabido, el derecho de superficie implica una derogación temporal al principio de accesión (Guarneri 2011: 1-8) que rige sobre el suelo y lo edificado sobre este. En ese sentido, los códigos civiles suelen contener una regla como la del Artículo 1030 de nuestro Código Civil: «A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido [...]», dado que se espera el retorno a la propiedad plena. Incluso, códigos como el italiano establece la extinción del derecho de superficie por el no uso por más de veinte años (Artículo 954), mostrando su carácter excepcional de esta figura (Rescigno 1997: 526-528).

No obstante, al no tener una finalidad *ad aedificandum*, resulta conveniente en este tipo de operaciones financieras que la consolidación del derecho de superficie y propiedad no opere de forma inmediata al término del contrato de superficie, sino más bien que opere una opción de compra a favor del propietario-deudor.

Si bien nuestro Artículo 1030 reconoce de forma expresa la posibilidad de un pacto en contra de la aplicación de la regla de accesión al término del contrato de superficie, sí resulta relevante destacar la figura porque la finalidad que busca (el aseguramiento del cumplimiento de un crédito) la superficie en este tipo de operaciones implica un cambio sustancial en la lógica tradicional que busca este derecho real.

#### **4.1.3. La flexibilización del tipo en el derecho real de servidumbre**

El derecho real de servidumbre es definido por el Artículo 1035 del Código Civil como un *gravamen* sobre un predio (sirviente) en beneficio de otro (predio dominante), confiriendo al dueño de este a practicar ciertos *actos de uso* del predio sirviente (servidumbre positiva) o para impedir al dueño de este (servidumbre negativa) el ejercicio de alguno de sus derechos.

El derecho real de servidumbre presenta los siguientes elementos (con carácter imperativo) que regulan el «tipo jurídico-estructural» y sobre los cuales no es admisible la flexibilización del tipo: (i) las servidumbres son inseparables de ambos predios (Artículo 1036), (ii) las servidumbres son indivisibles por lo que *grava* en su totalidad al predio sirviente en favor del dominante (Artículo 1038), (iii) la servidumbre subsiste a la división del predio dominante, pero sin exceder el *gravamen* del predio sirviente (Artículo 1039), (iv) el propietario del predio dominante no puede aumentar *gravamen* unilateralmente (Artículo 1046) y (v) el propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre.

Las reglas relativas a su forma de adquisición, constitución, extinción y duración son elementos externos al ejercicio del propio derecho real de servidumbre por lo que escaparían también a la flexibilización del tipo en este derecho.

El derecho de real de servidumbre constituye un «tipo» bastante *flexible* en sus posibles configuraciones, esto es, puede *concretarse* en diversas formas<sup>63</sup> (Reichman 1982: 1232). En

---

<sup>63</sup> «Las servidumbres [...] se utilizan hoy en día para efectuar acuerdos privados de uso de la tierra que van desde las sencillas servidumbres de acceso a la carretera hasta la elaboración de regímenes de centros comerciales completos con control de diseño, límites de competencia y evaluaciones de mantenimiento y juntas directivas. Se usan comúnmente para asegurar el acceso a los servicios públicos [*utilities*] con carácter de vecindario o para limitar la competencia, y para proporcionar instalaciones y servicios

atención a ello, representa un derecho real bastante permeable a las nuevas configuraciones de los fenómenos apropiativos que cumplan con los elementos esenciales del tipo antes descritos. Específicamente para este derecho real, las formas flexibilizadas del tipo operan más bien como una *concretización* de la servidumbre.

#### 4.1.3.1. «Disfrute pleno de jardines»: El caso *Re Ellenborough Park*

En 1855 el predio White Cross Estate, que incluía el parque Ellenborough, fue desarrollado para la construcción de un complejo inmobiliario. Las casas construidas sobre las parcelas alrededor del parque no contaban con jardines propios, pero en relación con el parque, los títulos de propiedad garantizaban a los compradores «en todo momento en adelante y en conjunto con otras personas [...] disponían del disfrute pleno de los jardines, sujeto al pago de los gastos de mantenimiento».

Sin embargo, durante la Segunda Guerra Mundial el parque Ellenborough fue requisado. Si a los propietarios circundantes al parque les correspondía una compensación sobre la base de la *Compensation Defence Act 1939*, dependía de si a estos se les había privado de un *property right*. Al respecto, la Corte de Apelaciones sostuvo que el derecho de disfrute fue un *easement* (servidumbre predial) accesorio a las parcelas adquiridas por los compradores originales y, por lo tanto, les correspondía una compensación a los demandantes.

El presente caso se estableció que para el Derecho inglés los *easements* (servidumbres prediales) debía cumplir con cuatro requisitos: (i) tiene que existir un predio dominante y otro sirviente, (ii) el *easement* debe beneficiar al predio dominante, (iii) los propietarios del predio dominante y sirviente deben ser distintos y (iv) el derecho debe ser materia de una cesión expresa (Swadling 2000: 250). En general, estos requisitos son bastante similares a los requeridos por el ordenamiento jurídico nacional, por lo que los *easements* son bastante análogos a las servidumbres prediales.

En relación con la configuración de la servidumbre, se observa que el derecho de «disfrute pleno de jardines» opera como un derecho real de servidumbre constituido a favor de los propietarios de las parcelas adyacentes al parque Ellenborough. Por tal motivo, sería una forma admisible dentro de la flexibilización del tipo del derecho real de servidumbre.

#### 4.1.3.2. La servidumbre como mecanismo para mantener las condiciones materiales de una relación de negocios a largo plazo: el «*Sicherungsdienstbarkeit*» y el «*security-servitude*»

La práctica legal germánica emplea una combinación de una servidumbre y un contrato para crear el denominado «*Sicherungsdienstbarkeit*». El acuerdo crea el derecho de servidumbre que contiene una prohibición general sobre el predio sirviente en beneficio del propietario del predio dominante para usar el predio con un determinado propósito. Luego, las partes firman un contrato mediante el cual el propietario del predio sirviente acepta los términos del contrato (por ejemplo, para comprar y usar la gasolina de una compañía de gasolina o cerveza de una cervecería en particular) y el beneficiario (el propietario del predio dominante)

---

recreativos en una escala no disponible para el lote individual o el propietario de la unidad. También pueden ser utilizados para proporcionar y complementar servicios municipales» (French 1982: 1263-1264).

restringe su ejercicio de la servidumbre a aquellas situaciones donde el contrato no se cumple (Akkermans 2008: 202).

El contrato de seguridad y el derecho de servidumbre están conectados en el sentido de que el cumplimiento de uno de estos conducirá al cumplimiento del otro. De este modo, se evitan las tareas dobles, por ejemplo, para el pago, que surgen de dos fuentes diferentes. Sin embargo, el contrato no se hace efectivo por ley. En otras palabras, el contrato no será accesorio al derecho de servidumbre y dará a las partes la posibilidad de mantener los términos del contrato en secreto, ya que el contrato no necesita ser registrado con la servidumbre. Una vez finalizado el contrato, la servidumbre seguirá existiendo (ídem).

Este *comportamiento* de la servidumbre también se ha puesto de manifiesto en su aplicación como un «*security-servitude*» en Estados Unidos para limitar la competencia, asegurar el acceso a servicios públicos (*utilities*) y suministros de agua, como mecanismo de protección de la inversión inmobiliaria a través de la estabilización y control de vecindarios, además de proporcionar servicios públicos recreacionales para las unidades inmobiliarias (French 1982: 1263-1264).

La potencialidad económica de la servidumbre en este aspecto se encuentra en su flexibilidad, perpetuidad y posibilidad de vincular a los sucesores en el título, pese a limitar en gran medida la libertad del propietario del predio sirviente. Este aspecto de la servidumbre ha sido determinante para el desarrollo de la economía norteamericana de inicios del siglo XIX y durante los siglos posteriores (Reichman 1982: 1183). Considerando esto, concordamos en gran medida con lo destacado por Rose (1982: 1403):

[...] toleramos estos acuerdos de «mano muerta» porque brindan una seguridad duradera para el desarrollo de la tierra y alentamos a los propietarios a invertir en las mejoras a largo plazo que son esenciales para el uso productivo de los bienes raíces. Como Jeremy Bentham nos dijo hace más de un siglo, las expectativas seguras de retorno son un *sine qua non* de la empresa; si la comunidad desea alentar a mi vecino a invertir tiempo y esfuerzo en un panel de calefacción solar, es mejor que esté de acuerdo conmigo en que *mis sucesores* y yo evitaremos que mis árboles eclipsen su techo.

Por tanto, una aproximación desde la flexibilización del tipo permite abordar nuevos aspectos del derecho real de servidumbre, alejándose de las formas más tradicionales como una servidumbre de paso o tuberías hacia mecanismos que promuevan un uso más productivo de los bienes.

#### **4.2. Supuestos no admisibles como formas flexibilizadas del tipo**

En el apartado anterior hemos desarrollado aquellos fenómenos apropiativos que consideramos encajan dentro de la flexibilización del tipo admisible dentro de cada derecho real. Sin embargo, tan importante como identificar aquellos que se encuentran dentro de la flexibilización es también determinar aquellos fenómenos apropiativos (aunque próximos) excedería la flexibilización del tipo.

Consideramos que excederían a la flexibilización del tipo las configuraciones que transgredan alguna norma imperativa (por ejemplo, establecer prohibiciones de enajenar o gravar, cambio de uso del destino bien en el usufructo o no generar beneficio al predio dominante en la servidumbre) o incidan sobre los elementos externos al propio derecho (los mecanismos de

tutela, transmisión, adquisición, constitución o extinción del derecho real; o, la configuración, características o condiciones del bien sobre el cual recae aquel). De esta manera se identifica de mejor manera el contenido susceptible de flexibilización.

#### 4.2.1. Límites a las formas flexibilizadas del tipo (I): las normas imperativas en materia de derechos reales

##### 4.2.1.1. La proscripción de establecer contractualmente la prohibición de gravar o enajenar

El primer obstáculo para las formas flexibilizadas del tipo en los derechos reales sea tal vez un tanto evidente. Sin embargo, consideramos necesario brindar algunos alcances en relación con aquel obstáculo, esto es, las normas de carácter imperativo en materia de derechos reales. La primera norma de carácter imperativo la encontramos en el Artículo 882 del Código Civil referido a la proscripción de establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar.

Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N.º 1800-06/Lambayeque del 20 de marzo, adoptó como regla que la transgresión al Artículo 882 del Código Civil generaba la ineficacia de la estipulación *en concordancia* con el Artículo V del Título Preliminar de dicho código, genera la *ineficacia* (de la cláusula prohibitiva) respecto del promitente, por lo que *no lo vincula, ni lo obliga* con la parte estipulante. En ese sentido se ha manifestado que:

**Noveno.** – Que, en el caso de autos, las partes pactaron en la cláusula séptima de la Escritura Pública de Asociación en Participación que la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Pimental Sociedad Anónima no podía —entre otros— hipotecar total o parcialmente los inmuebles que entregó para el programa urbanístico proyectado, esto es, para la habilitación de la Urbanización Residencial La Estación del distrito de Pimental, sin autorización de Inversiones Norte Sociedad Anónima. Dicha cláusula, **por ser una que restringe la libertad de disposición de los bienes de propiedad de su titular (dominio que nunca perdió) es ineficaz respecto de la Compañía Ferrocarril y Muelle de Pimental Sociedad Anónima**, no existiendo normatividad expresa que permita o faculte a las partes para que, en caso de habilitaciones urbanas, se pueda pactar en contrario a los alcances del Artículo 882 del Código Civil, que es imperativa.

**Décimo.** – Que, en consecuencia, aplicando al razonamiento jurídico, la citada norma material —que es pertinente a las conclusiones fácticas establecidas en autos—, **se concluye que la cláusula séptima de la Escritura Pública de Asociación en Participación es ineficaz con respecto a la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Pimental Sociedad Anónima, y no la vincula ni obliga con respecto a las demás partes intervinientes**, pues vulnera, mediante una cláusula de restricción al derecho de propiedad, lo dispuesto en el Artículo 882 del Código Civil, en concordancia con lo normado en el Artículo V del Título Preliminar del mismo Código.

A su vez, el Tribunal Registral ha tenido pronunciamientos en los que se ha delimitado el ámbito de la «restricción» (Artículo 926º) y la «prohibición» (Artículo 882º). En el caso resuelto mediante la **Resolución N.º 557-2003-SUNARP-TR-L** del 28 de agosto de 2003, sobre la procedencia de la inscripción de una cláusula limitativa del derecho de propiedad, el Tribunal Registral desarrolló el siguiente razonamiento:

10. Del análisis del Artículo 926º del Código Civil, al amparo de las normas constitucionales y legales que establecen la libertad contractual, se concluye que:

- a) Se pueden establecer restricciones a la propiedad por pacto.
- b) Las restricciones podrán estar referidas a cualquiera de los atributos de la propiedad.
- c) Las partes pueden pactar libremente restricciones a la propiedad, siempre que no impliquen violación de normas legales imperativas o de orden público.
- d) No puede establecerse la prohibición absoluta de enajenar o gravar.
- e) Considerar que únicamente pueden pactarse las restricciones a la propiedad que están legalmente contempladas implica afectar la libertad contractual.

11. En este caso, los cónyuges —personas plenamente capaces—, acordaron que el inmueble ubicado en el Jr. Bartolomé de las Casas s/n, Surco, pasaría a poder de la cónyuge Elsa Celinda Rubio de Palacios, el mismo que sería arrendado con la finalidad que el producto de la renta se destine al sostenimiento de los menores hijos de los cónyuges, no pudiendo ser transferido dicho inmueble, salvo consentimiento expreso de Luis Palacios Madrid.

El voto en mayoría del Tribunal registral concluye que:

Como puede apreciarse, no se pactó la prohibición absoluta de enajenar el inmueble, sino que se restringió la facultad de disposición, requiriéndose para ello del consentimiento del cónyuge. Esta restricción no viola norma legal imperativa o de orden público alguno, y por lo tanto, se trata de una restricción lícita. Conforme al Artículo 926 concordante con el numeral 5 del Artículo 2019 del Código Civil, tratándose de una restricción a la propiedad, constituye un acto inscribible.

Mientras que el voto en discordia se manifestó en el siguiente sentido:

10. En este orden de ideas, si utilizamos el término «prohibición» en su sentido lato, teniendo en cuenta la protección al principio general de libertad de enajenación, podemos concluir que el Artículo 882 de nuestro Código Civil, no permite el establecimiento de ningún tipo de restricción, sea esta absoluta o relativa a las facultades de enajenar o gravar, *salvo que la ley lo permita*.

La citada conclusión nos conduce a sostener que el Artículo 926 admite, aparte de las limitaciones expresamente permitidas por la normativa vigente, el pacto por el cual se establecen restricciones a las demás facultades o atributos del derecho de propiedad como son el uso y el disfrute de los bienes.

11. En el presente caso, el acuerdo de los excónyuges consiste en imponer a la ex cónyuge —adjudicataria del 50% de acciones y derechos sobre el inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal—, la prohibición de transferirlo «bajo ninguna circunstancia, salvo consentimiento expreso de las partes».

Siguiendo la línea interpretativa desarrollada en los acápite precedentes, el citado pacto, constituye una verdadera prohibición de enajenar impuesta a la titular de dominio, prohibición que se encontraba expresamente proscrita por el Artículo 852 del Código Civil de 1936 aplicable al presente caso (situación que es regulada actualmente por el artículo 882 del Código Civil vigente), más aún cuando el presente pacto fue celebrado durante la vigencia del Código Civil de 1936, que no contenía norma similar a la del Artículo 926 del código actual, que permitiese el establecimiento de limitaciones convencionales al derecho de propiedad [...]

En el voto en mayoría se concluye que es procedente la inscripción de la cláusula que obliga a una de las partes a consultar a una persona determinada, si se desea enajenar dicho bien, toda vez que no contiene una «absoluta» prohibición de enajenar, ámbito al cual estaría referido el Artículo 882.



No obstante, como señala el voto en discordia, el Artículo 882 no hace distinción entre una prohibición absoluta o relativa por lo que mal haríamos en desconocer el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* para dicho artículo. En ese sentido, consideramos acertado indicar que dicho artículo refiere la proscripción tanto de cláusulas prohibitivas absolutas como relativas.

Por otro lado, nos parece adecuado el criterio seguido por el voto en mayoría cuando se concluye que sobre el Artículo 926 rige el criterio de autonomía privada, por lo que no solo se puede pactar las restricciones legalmente previstas en el Código Civil, sino cualquier otra que incida sobre los atributos de uso y disfrute.

Con idénticos argumentos, el Tribunal Registral, a través de la **Resolución N.º 515-2005-SUNARP-TR-L**, y en relación con la distinción entre los pactos restrictivos y prohibitivos, señaló lo siguiente:

11. Ahora bien, resulta fundamental que se establezca con claridad en el pacto que restringe las facultades del propietario, en qué consiste la restricción pactada, es decir, qué facultades del propietario se encuentran limitadas y en qué sentido. Ello en concordancia con el principio de especialidad que rige el sistema registral, conforme al que —entre otros aspectos—, los actos y derechos que se inscriben deben estar perfectamente determinados.

12. En este caso, las compradoras han pactado en las cláusulas adicionales de la minuta formalizada en escritura pública del 1 de junio de 2005 lo siguiente: «PRIMERA. – [...] el inmueble que adquieren lo dan en derecho de uso a título gratuito y de por vida a favor de la madre JULIA ROSA MOSCOSO MENESES Viuda de CÓRDOVA y no podrá ser hipotecado, gravado, vendido, lo que puede efectuarse después de su muerte y para disponerla en venta ambos compradores tienen que ponerse de acuerdo, prohibiéndose su venta si no hay acuerdo entre las partes. SEGUNDA. – [...] Porcentaje en la compra: Los compradores manifiestan que le corresponden a cada uno el 50% (cincuenta por ciento) del inmueble que lo adquieren, y nadie puede venderlo, ni disponerlo a título gratuito ni oneroso, si no hay aceptación de ambas partes, en caso contrario sería nulo. Este porcentaje servirá para el efecto de calcular por separado el pago de alcabala si es que corresponde conforme a ley’.

13. Los derechos de uso y habitación, se encuentran previstos en los artículos 1026 al 1029 del Código Civil, y pueden ser constituidos por Ley, por testamento o por contrato como en el presente caso.

[...]

Ahora bien, de acuerdo con lo pactado los copropietarios tampoco podrán disponer de sus cuotas ideales sino hasta después de la muerte de la beneficiada con el derecho de uso; sin embargo, esto no implica una prohibición absoluta de enajenar el bien, en tanto se trata de una prohibición temporal.

En tal sentido, y de acuerdo con lo expuesto, estamos ante una restricción de derecho de propiedad, pues los copropietarios no podrán ejercer una de las atribuciones del derecho de propiedad, que es disponer del bien por un tiempo determinado, dada la naturaleza finita de la vida de una persona.

Para este caso, se sigue el razonamiento similar al voto en mayoría de la Resolución N.º 557-2003-SUNARP-TR-L, es decir, que la limitación no implica una absoluta prohibición, en

consecuencia, no existiría inconveniente para su inscripción, siempre y cuando se cumpla con el principio de especialidad (indicar de forma clara e indubitable cuál es la limitación a la propiedad).

En otro caso, se cuestionó el acceso al Registro de una cláusula que prohíbe a la deudora hipotecante ceder en arrendamiento el uso de un inmueble, así como constituir los derechos reales de uso, usufructo o habitación por períodos mayores a un año, no pudiéndose renovar los contratos celebrados por un período mayor al indicado.

Así, en la **Resolución N.º 497-2006-SUNARP-TR-L**, el Tribunal Registral indicó lo siguiente, continuando un razonamiento idéntico a las anteriores resoluciones:

11. Ahora bien, resulta fundamental que se establezca con claridad en el pacto que restringe las facultades del propietario, en qué consiste la restricción pactada, esto es, exactamente qué facultades del propietario se encuentran limitadas y en qué sentido. Ello en concordancia con el principio de especialidad que rige el sistema registral, conforme al que —entre otros aspectos— los actos y derechos que se inscriben deben estar perfectamente determinados.

12. En el presente caso, de la revisión del título archivado N.º 106552 del 28.2.2006, se advierte que obra inserta en el contrato de modificación de mutuo y ampliación de garantía hipotecaria, que celebran de una parte Inversiones & Convenios SAC y de la otra parte, Susana de los Milagros Aldave Espinoza, (inscrito en el asiento D00009 de la partida electrónica N.º 45210944) una cláusula adicional en la que se acordó:

*«Cláusula adicional: Queda expresamente convenido entre las partes, que la Mutuataria no podrá dar en arrendamiento, usufructo, uso o habitación el inmueble que por el presente contrato de hipoteca, por plazos mayores a un año, no pudiendo tampoco renovarse los celebrados por periodo mayor al indicado, debiendo anotarse esta restricción contractual en el registro de la propiedad inmueble».*

Como se podrá apreciar, del tenor de lo expuesto en la cláusula adicional materia de inscripción, se puede inferir que se están restringiendo las facultades de uso y disfrute de Susana de los Milagros Aldave Espinoza como propietaria del bien inscrito en la partida electrónica N.º 45210944, al establecerse, de común acuerdo, que la propietaria no podrán dar en arrendamiento, usufructo, uso o habitación el inmueble que por el presente contrato se hipoteca, por plazos mayores a un año, no pudiendo además renovarse los contratos ya celebrados que versen sobre arrendamiento, usufructo, uso o habitación, por un periodo mayor al ya indicado.

En tal sentido, al haberse establecido entre Susana de los Milagros Espinoza, titular del derecho, y la empresa Inversiones & Convenios SAC, una restricción contractual a las facultades de uso y disfrute por un periodo determinado, se concluye que tales restricciones y limitaciones en las facultades de la propietaria sí están permitidas.

Para el presente caso, a diferencia de los casos anteriores, se establece una restricción en el uso y el disfrute, es decir, que la limitación no incide sobre los atributos de la enajenación y el gravamen, por lo que no habría impedimento para proceder a su inscripción.

Por último, en la **Resolución N.º 019-2008-SUNARP-TR-A**, el Tribunal Registral consideró como *inefcaz* o *no puesta* (para el Tribunal Registral se consideran como sinónimos) la siguiente limitación a un inmueble anticipado:

[...] Asimismo, este anticipo se otorga con la condición expresa de que la parte que corresponde a **John Frederick Wiston Ricketts Chopitea**, no podrá ser vendida, sino transferida a sus hijos Dereck Ricketts Vargas y Kim Ricketts Vargas [...]

Se trata de la solicitud de inscripción de una donación de dos inmuebles realizada por la sociedad conyugal conformada por los señores Carlos Ricketts Rey de Castro y Edith Chopitea Bellatin de Ricketts, a sus tres (3) menores hijos (anticipo de herencia). Dentro de dicha donación se colocó la cláusula antes mencionada, indicando que el porcentaje de uno de esos hijos, John Frederick Wiston Ricketts Chopitea, solo podría ser transferido a los hijos de este, Dereck Ricketts Vargas y Kim Ricketts Vargas. Es decir, los abuelos colocaban una limitación de transferencia al hijo anticipado, a favor de los nietos de aquellos.

Al respecto, el Tribunal Registral sostuvo que:

10. [...] En este orden ideas, si utilizamos el término prohibición en su sentido lato, teniendo en cuenta la protección al principio general de libertad de enajenación, podemos concluir que el artículo 882 de nuestro Código Civil no admite el establecimiento de ningún tipo de restricción, sea ésta absoluta o relativa, a las facultades de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

En el caso *sub análisis*, los anticipantes pretendieron establecer una limitación al derecho de propiedad de uno de sus hijos: **John Frederick Wiston Ricketts Chopitea**; sin embargo, conforme al análisis de los artículos antes citados ello no es admisible, pues contraviene el Artículo 882 del Código Civil, el cual protege un interés superior de que los bienes circulen libremente en el mercado, de manera que el pacto contra una norma imperativa, per se, deviene en ineficaz, pues no genera efecto jurídico alguno, toda vez, que se trata de un mandato legal que debe ser necesariamente cumplido, sin que pueda expresarse válidamente voluntad distinta o contraria a ella. Por consiguiente, debe considerarse como no puesta, teniendo en cuenta lo señalado en el Artículo 171 del Código Civil.

Para este cuarto caso, y siguiendo la línea de los anteriores casos, el Tribunal Registral mantiene una postura bastante abierta a las restricciones, considerando la inscripción de las limitaciones convencionales que no sean del todo prohibitivas y permitan un margen de discrecionalidad al titular del derecho de propiedad y, por extensión, a los demás derechos reales.

#### 4.2.1.2. Las normas imperativas del «tipo jurídico-estructural»

Otro límite a la flexibilización del tipo en los derechos reales es la estructura misma que configura el «tipo jurídico-estructural». Es decir, aquellos elementos esenciales que configuran el tipo. Por ejemplo, el «tipo jurídico-estructural» del derecho real de servidumbre consiste en el beneficio que debe existir en favor del predio dominante (Artículo 1035 del Código Civil) (Guerinoni 2011: 234-238; Swadling 2000: 251-252). En ese sentido, el derecho conferido en *Hill v. Tupper*<sup>64</sup> no llegaría a configurar un derecho de servidumbre (*easement*) en tanto que el beneficio otorgado «del total y exclusivo derecho o libertad de colocar o usar

---

<sup>64</sup> En *Hill v. Tupper*, el propietario de un canal concedió un *lease* sobre la ribera a favor del demandante, propietario de una embarcación. Entre los derechos otorgados en el contrato de *lease* se encontraba «el total y exclusivo derecho o libertad de colocar o usar barcos en dicho canal». El demandado, el propietario de una posada contigua al canal, impidió el ejercicio del derecho del demandante al poner sus propios barcos en el canal.

barcos en dicho canal» no beneficiaba al predio dominante en sí o hacía más conveniente la ocupación del titular de este.

Otro ejemplo se presenta en el derecho real de usufructo cuando se indica que el usufructuario debe explotar el bien en la forma *normal y acostumbrada* (Artículo 1008 del Código Civil), por lo que todas aquellas restricciones o cambios al destino del uso del bien vistas anteriormente requerirán de la constitución de un derecho de servidumbre (French 1982: 1263-1264) o la restricción al ejercicio del derecho real de propiedad (como analizamos anteriormente en el caso resuelto por el Supremo Tribunal español sobre la *Cooperativa de Vivienda Virgen de la Esperanza*).

#### 4.2.2. Límites a las formas flexibilizadas del tipo (II): los elementos *externos* al ejercicio del derecho mismo

Hace algunos años, el profesor Freddy Escobar Rozas, en un profundo estudio sobre los alcances del derecho de propiedad (Escobar 2002: 250-251), concluyó, entre otras cosas, que:

- (i) El derecho de propiedad tiene un contenido extenso y del cual únicamente forman parte las facultades de usar, disfrutar y modificar la cosa; (ii) la facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo (derecho de propiedad); y, (iii) la facultad de reivindicar es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, por tanto, no forma parte del contenido del derecho de propiedad.

Esta noción del derecho de propiedad como un *agregado* de facultades que configuran un contenido propio es acorde con la noción *bundle-of-rights* o *bundle of relations* atribuida a Hohfeld<sup>65</sup>, la cual implica la idea estándar de que la propiedad comprende un complejo conjunto de relaciones jurídicas y sociales compuestas de derechos, privilegios, poderes e inmunidades (Maloney 1937: 7). También Honoré, en la búsqueda de un *contenido* en el derecho de propiedad, intentó especificar los *incidentes* estándar de propiedad (*ownership*) comunes a los sistemas legales occidentales.<sup>66</sup>

Acertada o no la lista de facultades que se puedan atribuir al derecho de propiedad, concordamos en que existe, pues, un contenido que configura el derecho de propiedad y que, por extensión, resulta de aplicación a los demás derechos reales. Así, nuestro esfuerzo en

<sup>65</sup> «La segunda razón tras la tendencia a confundir o mezclar los conceptos jurídicos consiste en la ambigüedad y falta de precisión de nuestra terminología jurídica. La palabra “propiedad” suministra un ejemplo llamativo. Tanto para los legos como para los letrados este término carece de una connotación definida o estable. A veces se lo emplea para indicar al objeto físico con el cual se relacionan varios derechos, privilegios, etc.; a veces se lo usa —con mucha mayor discriminación y acierto— para denotar el interés jurídico (o conjunto de relaciones jurídicas) que corresponden a tal objeto físico» (Hohfeld 1913: 21-22).

<sup>66</sup> Su lista de *incidentes* es la siguiente: (i) El derecho (*right*) de posesión exclusiva; (ii) el derecho al use y disfrute personal; (iii) el derecho de gestión del uso por otros; (iv) el derecho de obtener rentas por el uso de otros; (v) el derecho del valor de capital, incluyendo la transferencia, consumo, desperdicio o destrucción; (vi) el derecho de seguridad (*security*) que consiste en la inmunidad frente a las expropiaciones; (vii) el poder de transmisibilidad por donación, legado o sucesión; (viii) la ausencia de un plazo o término en estos derechos; (ix) el deber de abstenerse de usar el objeto de forma que cause daños a otros; (x) la realización del bien para el pago de deudas; y, (xi) los derechos residuales de reversión al término o conclusión de las titularidades mantenidos por otros (Munzer 2005: 149; Heller 1998: 663).

secciones anteriores se enfocó en mostrar el contenido y su posibilidad de flexibilización, contrastando con la práctica jurídica las nuevas formas apropiativas que se presentan en el tráfico jurídico.

Sin embargo, como necesario esfuerzo de negación lógica, resulta conveniente también abordar aquel *contenido* que *no* forma parte del «tipo jurídico-estructural» de los derechos reales y que, consecuentemente, no podrían estar sujetos a una regla de flexibilización del tipo. Dicho *contenido* refiere a todos los elementos *externos* al *ejercicio* mismo del derecho real, todo lo que hoy viene a denominarse *facultad* (Comporti 2011: 38-39).

En la presente sección buscaremos desarrollar tanto de manera teórica (a partir de un ejercicio de abstracción) como práctica (exponiendo los distintos fenómenos apropiativos no susceptibles de *encajar* en las formas flexibilizadas del tipo, requiriendo una reforma normativa para su aplicación) los elementos *externos*.

#### 4.2.2.1. Los actos de disposición

Los actos de disposición se *comportan* también como una categoría un tanto amplia dentro del cual podemos encontrar toda forma de transferencia, cesión, gravamen o afectación que implique el nacimiento, modificación, constitución o extinción del derecho real. Los actos de disposición por tanto entrarían dentro de la categoría aún mayor de «poder jurídico» (Comporti 2011: 39).

Como es evidente, los actos de disposición no solo versan sobre los derechos reales, siendo posible su extensión a todo tipo de situación jurídica subjetiva susceptible de *pertenecer* al tráfico jurídico, por ejemplo, cesiones de créditos, transferencia de accesiones, afectación en garantía de flujos futuros, etc.

Asimismo, la disposición del derecho real «[...] no puede formar parte de este último, desde que una cosa es lo que ocasiona la transferencia de un objeto [...] y otra muy distinta el objeto materia de tal transferencia. Si se está a que lo transferido es el derecho de propiedad y no la cosa sobre la que recae, no hay duda de que tal derecho deviene en objeto de un “acto de transferencia” y, por ende, en objeto de una “fuerza” o “poder” que produce tal acto» (Escobar 2002: 234-235).

En consecuencia, la configuración de los actos de disposición excede al *ejercicio* mismo del derecho real. No siendo susceptible de configuración mediante la flexibilización del tipo. Sin embargo, ello no es óbice para su regulación dentro de las normas aplicables a la categoría de los derechos reales. Por ejemplo, cómo se transfiere un derecho real para, de esta manera, determinar el inicio de su existencia requerirá de un conjunto normativo claro.

#### 4.2.2.2. Los derechos de adquisición preferente

Iniciaremos esta sección indicando que la prohibición del pacto de preferencia del numeral 2 del Artículo 1582 del Código Civil limita una figura distinta a los derechos de adquisición preferente. En relación con el pacto de preferencia, el Código Civil de 1936 reguló dicha figura dentro del contrato de compraventa de la siguiente manera:

**Artículo 1435.-** El pacto de preferencia impone al comprador de inmuebles la obligación de ofrecer la cosa al vendedor por el tanto que otro ofrece, cuando pensare venderla o darla en pago. El plazo para ejercer este derecho no puede exceder de treinta días.

**Artículo 1436.-** El vendedor ejercerá su derecho de preferencia dentro del plazo. Está obligado a pagar el precio y a satisfacer cualesquiera otras ventajas que el comprador hubiese obtenido, y si no las pudiera satisfacer, queda sin efecto el pacto de preferencia.

**Artículo 1437.-** El comprador queda obligado a hacer saber judicialmente al vendedor el precio y las ventajas que se le ofrezcan; y si vendiese la cosa sin notificar al vendedor, la venta será válida, pero debe indemnizar a éste del perjuicio que le resultare.

**Artículo 1438.-** El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse ni pasa a los herederos del vendedor.

Se puede observar que, con el Código Civil de 1936, se consagraron dos (2) reglas importantes: (i) el exvendedor que ejercitara este derecho de preferencia queda obligado a realizar el pago en los términos y condiciones que el actual vendedor estableciera; y, (ii) de realizarse la venta, incumpliendo la obligación de notificar al exvendedor, ésta se tiene por válida, quedando obligado el vendedor (ex comprador) a indemnizar al vendedor.

En ese sentido, tenemos que para el anterior Código Civil el pacto de preferencia a favor del vendedor era lícito y solo tenía «repercusiones obligacionales» que no incidían en el ámbito de la validez del contrato de compraventa realizado entre el comprador (primigenio) y el tercero (nuevo comprador), estableciéndose consecuencias propias de la responsabilidad civil por inexecución de las obligaciones, esto es, el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Actualmente, el Código Civil adopta la decisión de declarar como ilícito el pacto de preferencia a favor del vendedor. Al respecto, podemos esquematizar el supuesto recogido en el numeral 2 del Artículo 1582, resaltando los siguientes elementos:

1. El pacto es incorporado a una compraventa, sea de manera simultánea o posterior, puesto que presupone una compraventa entre el vendedor y el comprador primigenios. Es decir, este tipo de pacto tiene un carácter accesorio a una compraventa.
2. Las partes que lo estipulan son necesariamente un vendedor y un comprador, estableciendo un derecho (potestativo) a favor del primero, ante la eventualidad de la venta del bien por parte del segundo.
3. La oferta del precio de compra por parte de un tercero (potencial comprador), sobre la cual el titular del derecho potestativo (tanteo) debe decidir.

Sobre el particular, sostenemos que nuestro ordenamiento solo ha querido restringir un supuesto muy específico de pacto de preferencia, por lo tanto, son válidos y plenamente eficaces los derechos de adquisición preferente que se puedan otorgar a los particulares mediante autonomía privada.

Los derechos de adquisición preferente o derechos reales de adquisición son aquellos que facultan a su titular para, concurriendo con ciertos requisitos, convertirse en propietario de la cosa sobre que recaen (Albaladejo 1991 vol. II: 343). Pueden presentarse en los siguientes escenarios (Westermann 2007: 1457):

- a) Una fábrica tiene arrendado un terreno vecino, propiedad de P, como almacén. Ese terreno es el espacio ideal para ampliar en su día la fábrica. Al titular de la fábrica, F, le gustaría adquirir ese terreno el día que P decida venderlo.
- b) Un agricultor mayor, A, no tiene herederos legales. Hay una empresa constructora que ha intentado varias veces comprar un terreno de A de 100 ha. de extensión para urbanizarlo y desarrollarlo. Pero resulta que A está pesando en vender la finca a X, y la empresa constructora quiere adquirir el terreno.

Al respecto, el Código Civil alemán —a diferencia del peruano— sí regula el derecho de adquisición preferente o derecho de tanteo como un derecho real sobre inmueble con la finalidad, como es de esperarse, de dotarlo de mayor oponibilidad (*ibidem*: 1459). El § 1094 del BGB establece el contenido legal del derecho real de tanteo:

1. Una finca puede ser gravada de forma que aquel a cuyo favor se constituye el gravamen tiene derecho de tanteo frente al propietario.
2. El derecho de tanteo puede también constituirse a favor de quien sea el propietario de otra finca.

Si bien este derecho no concede de modo inmediato facultad alguna de uso o ejercicio sobre el bien, sí constituye un derecho real propiamente (*ibidem*: 1460). En ese sentido, opera en el ámbito de la garantía real y un derecho potestativo, una forma de garantizar una transferencia (y no un crédito). Por esta razón funciona en un plano *externo* al ejercicio del derecho real.

Ahora bien, en relación con los derechos de adquisición preferente, nuestro Código Civil establece los casos y bajo qué circunstancias las personas gozarán de dicha prerrogativa. Por ejemplo, la preferencia que tiene el copropietario para adquirir las acciones y derechos que el otro copropietario decide enajenar (Artículo 989), esto es una regla *ex ante*, o el derecho de retracto que tienen el litigante, el propietario del suelo, o el superficiario, entre otros (Artículo 1599), regla *ex post*.

Los derechos de adquisición preferente generan que determinados sujetos puedan acceder a la titularidad de ciertos bienes con preferencia respecto a terceros, pero renunciando a imponer al propietario actual una enajenación forzosa, en la medida en que se supedita a su voluntad efectiva de enajenar la viabilidad de la preferencia. Es decir, tenemos que hay un sujeto interesado en que, si el propietario actual de un bien decide enajenarlo en determinadas condiciones, le facilite la oportunidad de valorar (un derecho de tanteo), con preferencia respecto a otros, si le interesa o no adquirirlo precisamente en esas condiciones. Esto los diferencia sustancialmente de la opción<sup>67</sup> de compra (Artículo 1419).

Cabe precisar que, en estricto, los derechos de adquisición preferente autorizan a su titular para obtener de otra persona, a la que pertenece la cosa, la transmisión de esta. Es decir, si bien son presentados como derechos reales, ante su trasgresión solo tendrán una tutela obligacional, aunque *erga omnes*, por lo que rebasará el principio de relatividad contractual, *corriendo con el bien*. En ese sentido, pueden calificarse también de «pretensiones de transmisión o poderes encaminados a obtener ésta» (Albaladejo 1991 vol. II: 344-345). Al respecto, es oportuno cuestionarse: ¿todo derecho que *corre con el bien* debería pertenecer a la categoría de los derechos reales? ¿Requiere un derecho ser tratado como *real* para que *corra con el bien*?

---

<sup>67</sup> Cabe precisar que en algunos casos la opción, junto con el retracto y el tanteo, son considerados como derechos reales de adquisición preferente (Albaladejo 1991 vol. II: 344).

Debido a que este tipo de derechos operan en el plano de la transferencia y adquisición de derechos, exceden al *contenido* propio del ejercicio del derecho real, incidiendo sobre los elementos *externos* de este. Esta es la razón por la cual consideramos al derecho de adquisición preferente como inadmisibles dentro de las formas flexibilizadas de algún tipo de derecho real. Aunque no ello no es óbice para su configuración como un derecho obligación y una eventual oponibilidad *erga omnes* a través de los registros públicos. Por lo pronto, consideramos que deben ser tenidos fuera del ámbito de la actual regulación del alcance del contenido de los derechos reales.

#### 4.2.2.3. Las obligaciones *propter rem*

Juntamente con los derechos de adquisición preferente, la obligación *propter rem* es una de las categorías más problemáticas con que nos topamos dentro del estudio de los derechos reales, puesto que tienen un comportamiento que linda con la *esencialidad* de los derechos reales: *correr con el bien*. Por tal motivo, resulta un verdadero obstáculo su clasificación en sistemas jurídicos con una tradición de *numerus clausus* en materia de derechos reales/*property rights*.

Igual de complicada es su definición debido a la gran variedad de formas en las que se puede configurar. No obstante, podemos afirmar que se trata de cierto tipo de obligaciones que vincula al propietario —independientemente de quiénes hayan sido las partes que originariamente configuraron— en su condición misma de titular del derecho. De aquí que posea un comportamiento similar a los derechos reales.

Sobre las obligaciones *propter rem*, Díez-Picazo indica que está a cargo de quien en un momento dado sea propietario (*lato sensu*, titular de un derecho real). El primer conjunto de supuestos es aquel referido a los casos de responsabilidad asociados a la cosa. Por ejemplo, la responsabilidad del dueño por el derrumbe del edificio (artículos 956 y 1980). El segundo grupo son, por ejemplo, las obligaciones a prorrata de la cuota para el mantenimiento del edificio sujeto a un régimen de propiedad horizontal. El tercer grupo está referido al conjunto de obligaciones que surgen para el titular de un derecho real en su relación con el constituyente de este. Por ejemplo, las obligaciones de los copropietarios (Artículo 974 y ss.) o usufructuarios (Artículo 1006) (Díez-Picazo 2008: 99-100).

Como se puede observar, las obligaciones *propter rem* constituyen relaciones obligatorias propiamente, esto es, una vinculación jurídica entre un deudor y un acreedor, por lo que es necesario descartar toda posible hibridación con los derechos reales o categoría intermedia. Asimismo, siempre recaerá sobre un sujeto —titular del derecho real— quien es el obligado a ejecutar la prestación. En ese sentido, ante un eventual incumplimiento, no se genera una *acción real* a favor del acreedor. Esta condición *real* solo contribuye para la concretización del sujeto obligado, pero nada influye en la prestación, la obligación o la responsabilidad derivada del incumplimiento.

#### 4.2.2.4. Las «derechos reales *in faciendo*» o cargas reales (*Reallasten*)

Existe otro conjunto de obligaciones que por sus características ponen en duda la distinción tradicional entre los derechos personales y reales. Este conjunto son los «derechos reales *in faciendo*», cuyo subconjunto más importante lo constituyen las cargas reales (*Reallasten*). Este



tipo de obligaciones *gravan*<sup>68</sup> el predio a favor de quien en cada momento sea el propietario de una finca<sup>69</sup> o de una determinada persona<sup>70</sup> (Wolff 1971 vol. II: 154-155), por ello constituyen verdaderas relaciones obligatorias entre un acreedor y un deudor (titular del predio *gravado*).

Con la finalidad de dilucidar cualquier duda, el ordenamiento jurídico alemán los cataloga como auténticos derechos reales<sup>71</sup> (*dingliches Rechte*). No obstante, tal opción legislativa ha tenido poca repercusión en otros ordenamientos jurídicos. En España (Díez-Picazo 2008: 96-97) e Italia (Comporti 2011: 235-241), las cargas reales no cuentan con un reconocimiento expreso como derechos reales, siendo muchas veces asociadas al *ancien régime* feudal superado a partir del *Code Civil* (Morello 2008: 164). Incluso dentro de la academia germana se reconoce hoy ya poca trascendencia a las cargas reales (Westermann 2007: 1448).

La figura de las cargas reales podría asimilarse a las servidumbres prediales (*Grunddienstbarkeiten*), sin embargo, el deber es positivo en las primeras (esto es, consiste en la ejecución de una prestación, *in faciendo*) mientras que un derecho de servidumbre no puede consistir en un deber positivo (*servitus in faciendo consistere nequit*). Además, una carga real no puede contener una carga para abstenerse de hacer algo, por lo que siempre deberá consistir en una obligación de hacer o dar de manera periódica<sup>72</sup> (Akkermans 2008: 222; Díez-Picazo 2008: 97; Comporti 2011: 236-237; Romeo 2011: 397-398).

---

<sup>68</sup> **Código Civil alemán**

**§ 1105 Contenido legal de la carga real (Reallast)**

(1) Una finca puede ser gravada de forma que aquel a cuyo favor se constituye el gravamen se le deben satisfacer prestaciones periódicas sobre la finca (carga real). Como contenido de la carga real (Reallast) también puede pactarse que las prestaciones a satisfacer se actualicen automáticamente a las circunstancias modificadas, si pueden quedar determinadas la manera y la cuantía de la carga de la finca mediante los supuestos concretados en el acuerdo.

(2) La carga real también puede ser constituida a favor de quien sea el propietario de otra finca.

<sup>69</sup> **Código Civil alemán**

**§ 1110 Carga real subjetiva-*real***

Una carga real existente a favor de quien en cada momento sea el propietario de una finca no puede ser separada de la propiedad sobre dicha finca.

<sup>70</sup> **Código Civil alemán**

**§ 1111 Carga real subjetiva-*personal***

(1) Una carga real existente a favor de una determinada persona no puede ser unida a la propiedad sobre una finca.

(2) Si la pretensión a la prestación individual no es transmisible, el derecho no puede ser enajenado o gravado.

<sup>71</sup> Esto se debería en gran medida a que las *Reallasten* —a diferencia de otros derechos reales— tiene su origen en el derecho germánico de la Edad Media, sobreviviendo a la recepción del Derecho romano. (Díez-Picazo 2008: 94; Wolff 1971 vol. II: 157; Comporti 2011: 236)

<sup>72</sup> «La carga real tiene que consistir en *prestaciones reiteradas*. El deber de realizar un acto una sola vez, por ejemplo, construir una casa, derribar un edificio, no puede ser objeto de una carga real. Las prestaciones

La diferencia más importante entre los «derechos reales *in faciendo*» y las obligaciones *propter rem* se encuentra que, en las primeras, una vez fijados los sujetos, la posterior transmisión del derecho real no les afecta para nada, a menos que haya una novación sometida a las normas generales; mientras que, en las segundas, la obligación habrá acompañado a las transmisiones reales, siempre que esta afectación no haya sido expresamente excluida por acuerdo de todos los interesados (Díez-Picazo 2008: 107).

Asimismo, es importante resaltar que en ambos tipos de obligaciones las prestaciones serán totalmente diversas, sea desde un canon anual hasta la reparación por el desgaste normal de los bienes. Esta amplitud no se restringe en medida alguna por el tipo de derecho real ni por las limitaciones del *contenido* propio de este. Esto abona a su identificación como *verdaderas* obligaciones (Comporti 2011: 240) y que solo tienen vinculación con los derechos reales porque, en una, contribuye a la determinación del deudor y, en la otra, permite *perseguir* el bien al cual grava.

Tanto los «derechos reales *in faciendo*» como las obligaciones *propter rem* exceden al ámbito de la flexibilización del tipo.<sup>73</sup> La razón se encuentra en que aquellas se configuran como propias obligaciones que se relacionan con un bien, es decir, no implican el ejercicio efectivo de un derecho real. Este tipo de obligaciones bien podrían ser ejecutadas fuera de la relación con el bien o del ejercicio de un derecho real. Por ejemplo, en el censo el pago del canon o renta debida no implica el ejercicio de un derecho real. La connotación *real* se encuentra en la *acción real*<sup>74</sup> que asiste al acreedor.

#### 4.2.2.5. Las condiciones materiales para la constitución del derecho real: la *destination du père de famille* francés y el caso inglés *Moody v. Steggles*

Un atrayente desarrollo del derecho real de servidumbre se muestra en Francia a través de la *destination du père de famille* o servidumbre «por destino del padre de familia». Al respecto, el

---

pueden volver *regularmente* o solo irregularmente como las cargas consistentes en deberes de conservar o edificar. Las cargas reales regularmente reiteradas y fijas consistentes en cosas fungibles se llaman *cargas reales de renta inmobiliaria*» (Wolff 1971 vol. II: 153; en similar sentido: Westermann [2007 vol. II: 1448-1449]).

<sup>73</sup> De igual manera requerirían de una habilitación expresa por parte del ordenamiento jurídico para su configuración, por lo que están sujetos a una fuente legal (*numerus clausus*) y una la regulación de un contenido también legal (tipicidad) (Romeo 2011: 401-406). Pese a ello consideramos que en los supuestos de regulación de las obligaciones *propter rem* dentro de los regímenes sujetos a propiedad horizontal, se podría considerar cierta flexibilidad vía la reglamentación interna.

<sup>74</sup> **Código Civil español**

**Artículo 1623.-** Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños e intereses cuando hubiera lugar a ello.

*Code Civil* regula esta figura en los artículos 692<sup>75</sup> y 693<sup>76</sup>. La servidumbre «por destino del padre de familia» se constituye cuando se demuestra que dos predios proceden de uno mayor y común, y en el cual se gozaba del uso similar al ejercicio de una servidumbre continua y aparente (por ejemplo, tuberías de alcantarillado, acueductos, drenaje fluvial, vías de acceso, etc.).

En estas servidumbres la constitución del derecho real se produce luego de la subdivisión del predio, es decir, antes de esto no existe derecho real de servidumbre. En ese sentido, es un supuesto distinto al regulado en el Artículo 1048<sup>77</sup> de nuestro Código Civil en el cual el mismo propietario, de forma previa, establece una servidumbre sobre dos predios propios.

Esta forma de constitución (o continuación) de la servidumbre luego de la división del predio también se presentó en un *leading case* inglés: *Moody v. Steggles* (1879). En este caso, se trata de una demanda de impedimento de remoción de un letrero que estaba fijo en la casa del demandado. Los demandantes era dueños de una taberna (*public house* o *pub*) en la ciudad histórica de Newmarket, llamado The Grosvenor Arms, ubicado al final de una calle estrecha. A su vez, los demandados eran dueños de la casa contigua (destinada a hospedaje) que estaba situado en la esquina de la calle, de tal forma que obstruía la vista a la taberna de los demandantes desde la avenida principal (High Street).

En 1819, la casa de los demandantes fue adquirida por el señor Parkinson, quien era el entonces propietario de la casa de los demandados. En ese tiempo, la casa de los demandantes no fue usada como un hospedaje. En 1833, los herederos del señor Parkinson trasladaron la casa a favor de los antecesores en el título de los demandantes.

Asimismo, se probó que por más de cuarenta años el letrero había estado fijo a la casa de los demandados, a la entrada del patio Grosvenor, llevando el nombre de la taberna (The Grovesnor Arms). Sin embargo, los demandados tomaron el letrero y lo colocaron en la taberna de los demandantes.

En este caso se reconoció el derecho de servidumbre (*easement*) a favor de los demandantes, indicando que la servidumbre está vinculada (directa o indirectamente) con la forma en que los ocupantes usan el predio dominante. En ese sentido, la servidumbre en este caso guarda una estrecha relación con el uso que los demandantes confieren a la casa, esto es, una taberna (Swadling 2000: 251-252).

Tanto en el Derecho francés como en el inglés tenemos que se reconoce una *sucesión* de la servidumbre cuando en el plano material los predios que (pese a pertenecer al mismo dueño) operan como predio sirviente y predio dominante. Esto guarda sentido si se piensa en que la servidumbre es independiente de los titulares y sus sucesores (o antecesores), importando la *relación* material entre los predios.

---

<sup>75</sup> «El destino del padre de familia sirve de título para las servidumbres continuas y aparentes».

<sup>76</sup> «Sólo hay destino del padre de familia cuando se demuestra que las dos fincas actualmente divididas han pertenecido al mismo propietario y que es éste quien ha puesto las cosas en el estado del que resulta la servidumbre».

<sup>77</sup> «El propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro».

No obstante, consideramos que la adopción de este tipo de reglas requeriría de una habilitación legal o pronunciamiento jurisdiccional, en tanto que el legislador (en principio) se reserva la forma en cómo se constituyen los derechos reales. En ese sentido, al ser la propia naturaleza de estas formas de servidumbres una constitución en la que no opera la autonomía privada excedería al ámbito de las formas flexibilizadas del tipo.

#### 4.2.2.6. Las configuraciones que inciden sobre las condiciones del bien mismo: El derecho de superficie forestal y de plantaciones

Heredero de la penetrante tradición francesa, el derogado Código Civil de Argentina (el de Dalmacio Vélez Sarsfield [1800-1875]) no reguló el derecho de superficie en tanto que para su artífice este derecho «[...] desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos» (Brandi 2014: 8).

Recién en el 2001, a través de la Ley N.º 25509, el ordenamiento jurídico argentino admitió (al menos) una forma del derecho real de superficie, a saber, el «derecho real de superficie forestal», el cual tiene su antecedente inmediato en la Ley N.º 25080, Ley de inversiones para bosques cultivados, que «[...] propicia un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes» (Andorno 2002: 162).

De esta manera se incorporó<sup>78</sup> un derecho real de superficie restringido a las acciones de forestación y silvicultura con la finalidad de promover las inversiones para bosques cultivados. Actualmente, el derecho real de superficie es reconocido, regulado y definido por el Código Civil y Comercial de la Nación argentino. El Artículo 2114 del referido código indica que:

**Concepto.** El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Asimismo, el Artículo 2115 señala en relación con las modalidades del derecho real de superficie:

**Modalidades.** El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

---

<sup>78</sup> Ley N.º 25509, Ley de creación de derechos real de superficie forestal.

**Artículo 1.-** Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley.

Con estos artículos se resuelve dos cuestiones importantes sobre el derecho de superficie. Primero, lo relativo a la posibilidad de «sobreedificación» y «subedificación» superficiarias; y segundo, sobre la posibilidad de constituir el derecho real de superficie sobre plantaciones y forestaciones. Nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, no es tan preciso en relación con dichas cuestiones. Anteriormente abordamos la cuestión sobre la «sobreedificación» y «subedificación» superficiarias, ahora toca realizar lo propio referido a la posibilidad de si la forma flexibilizada del tipo superficie puede admitir la constitución de este derecho sobre plantaciones y forestaciones.

Dentro del *civil law* hay dos marcadas tendencias sobre esta cuestión. Por un lado, tenemos el modelo español que admite dentro del derecho real de superficie la constitución de este sobre plantaciones y, de forma extensiva, forestaciones (Albaladejo 1999 vol. II: 219-225; Pérez 2004: 89-92). De otro lado, tenemos al ordenamiento jurídico alemán que restringe la cuestión de la superficie a las construcciones (Wolff 1971 vol. II: 3-4; Westermann 2007 vol. II: 892-893).

La razón por la cual el Derecho español admite esta extensión del derecho real de superficie se encuentra en que tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria, aunque de forma más expresa la segunda, hacen referencia a las plantaciones. En efecto, el Artículo 30 de la Ley Hipotecaria señala que:

**Tercero.-** El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas [superficie] se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración Forestal o de los particulares.

El sentido de una interpretación a favor de una superficie sobre plantaciones se ve reforzado con el Artículo 350 del Código Civil al indicar la extensión del derecho de propiedad:

El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía.

De esta manera se admite dentro del derecho de propiedad la prerrogativa de plantar, lo cual no justifica, sino más bien refuerza las normas que expresamente refiere al derecho real de superficie sobre plantaciones. Cabe precisar que los códigos de matriz francesa difícilmente reconocen el derecho real de superficie de forma expresa, dado que se regían por una fuerte sujeción a la máxima *superficies solo cedit*, el cual fue sustancialmente relativizado durante el siglo XX.

A diferencia del Derecho español, las normas que regulan el derecho real de superficie (o la extensión de la propiedad) en nuestro ordenamiento jurídico, no reconocen de forma expresa la posibilidad de constitución de un derecho real de superficie sobre plantaciones sino solo referido a las edificaciones.

Asimismo, la admisión de una forma flexibilizada del tipo en este sentido sería inviable. Ello debido a que una interpretación contraria implicaría modificar un elemento externo del

derecho real de superficie, esto es, el objeto sobre el cual recae (la construcción —y no plantación—). En consecuencia, toda extensión del derecho de superficie para fines forestales y agrícolas requerirá necesariamente de una modificación legislativa al igual a lo ocurrido en el derecho argentino.

#### **4.3. Cuestiones de orden registral: Sobre la admisión en el registro de las formas flexibilizadas del tipo**

La publicidad registral es tal vez, en términos generales, la *mejor*<sup>79</sup> regla de verificación de las titularidades que las partes ofrecen en intercambio, puesto que permiten identificar con un alto grado de certeza el alcance de un derecho. Sin embargo, es un mecanismo altamente costoso sobre todo a nivel administrativo. Desde la elevación de la escritura pública hasta publicidad del asiento registral y su posterior monitoreo mediante «alertas registrales» y «alertas de publicidad», las partes incurrir en una diversidad de costos, por ejemplo, contratación de servicios de asesoría jurídica, gastos notariales, tasas para la inscripción y, nuevamente, asesorías jurídicas luego de la inscripción para evitar posibles suplantaciones o actos defraudatorios, etc.

Asimismo, son costos vinculados a la publicidad registral, la calificación registral y la gestión administrativa de la institución a cargo de esta publicidad. Serán parte de estos costos los recursos (humanos y materiales) empleados por la institución encargada de la publicidad, los costos normativos vinculados a la expedición de directivas, reglamentos, leyes y similares destinados a brindar mayor seguridad jurídica y predictibilidad, los costos de uniformización de criterios en la calificación registral a través de acuerdos y precedentes en esta materia.

Pese a todo ello, las ventajas de un mecanismo de publicidad registral son evidentes, más aún en lo relativo a la publicidad de derechos que tienen a permanecer en el tiempo y recaen sobre bienes de considerable valor. En ese sentido, las formas flexibilizadas del tipo anteriormente propuesta requerirán de un acceso a un registro público que permita la verificación de las titularidades y el alcance de estas en el intercambio, así como su potencial exigencia a los sucesores en el título.

##### **4.3.1. Un vistazo a los ordenamientos jurídicos *sin* una regla de *numerus clausus*: España y Sudáfrica**

Resulta bastante clara la necesidad de admisión de las formas flexibilizadas del tipo en los registros públicos. Considerando ello, los sistemas registrales español y sudafricano presentan las condiciones idóneas para el análisis de aquellas formas. Esto se debe a que dichos sistemas registrales son más permeables a la admisión de nuevas formas, razón por la cual se considera que se rigen bajo una regla *numerus apertus* de derechos reales.

---

<sup>79</sup> Aunque el sistema registral puede ser muy oneroso en aquellos casos que los derechos tienen una mayor circulación o tienen una vocación menos duradera. En ese sentido, aquello que puede ser beneficioso para la protección de un derecho de propiedad sobre un predio, tal vez no lo sea para una garantía real. En esa línea, el reciente Decreto Legislativo N.º 1400 que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria ha sustituido la tradicional calificación registral por un sistema de avisos (también una regla de verificación) dentro de un Sistema Informativo de Garantía Mobiliarias. De esta manera se sustituye el costoso mecanismo de la publicidad registral por el simple aviso en temas de garantías mobiliarias que requieren de mayor dinamismo.

Sin embargo, y en opinión opuesta a la sostenida por la mayoría de la academia, ambos ordenamientos jurídicos no adoptan propiamente una regla *numerus apertus* en la creación de derechos reales. Es decir, la adopción de una regla *numerus apertus* implicaría un reconocimiento expreso de la primacía de la autonomía privada, permitiendo a los particulares configurar *nuevas* formas de apropiación o relación con los bienes. Esto podría hacerse estableciéndose un conjunto de tipos de derechos reales y dejando constancia que la lista no es taxativa o, de plano, regularse los derechos reales como categoría general sin hacer listado alguno, es decir, no regulándose los tipos de derechos reales. Entonces, ¿por qué se dice que dichos ordenamientos jurídicos adoptan una regla *numerus apertus* de derechos reales? La respuesta se encuentra en el sistema registral de ambos ordenamientos.

Generalmente, los ordenamientos jurídicos suelen ser bastante permeables a admitir la publicidad de situaciones jurídicas que se relacionan con los derechos reales, pero se exige que aquellas se vinculen medianamente a estos. En cambio, los sistemas registrales español y sudafricano han adoptado una fórmula normativa que habilita el ingreso tanto a los derechos reales atípicos como a «negocios reales innominados», *reconociendo* (indirectamente) que dicho país adopta una regla de *numerus clausus*.

Aunque resulta bastante claro que dicha amplitud no se hace con la finalidad de optar por una regla *numerus apertus* o *numerus clausus*, sino más bien de no obstruir el ingreso al registro a determinadas situaciones jurídicas, brindando una mayor tutela a los intereses de los particulares (Roca y otros 2008: 301). A esto se suma que el lugar adecuado para regular dichos derechos sería en una norma extrarregistral (código civil, por ejemplo) donde se regulen las normas de carácter sustantivo y no procedimental. Actualmente es casi incontrovertido que las normas registrales en España y Sudáfrica refuerzan la opción legislativa de un *numerus apertus* en los derechos reales.

La importancia del estudio de ambos sistemas se encuentra en que, al carecer de una regla del *numerus clausus*, la cuestión sobre qué puede ingresar al registro se ha trasladado del plano de la política legislativa al análisis jurisprudencial registral. En efecto, al no saber por ley qué puede ingresar al registro, los tribunales registrales y judiciales han tenido que llenar este vacío normativo estableciendo lineamientos para discriminar en alguna medida los derechos que pueden ser publicitados.

En relación con nuestro estudio, dichos lineamientos pueden ser de utilidad (en adición a los criterios desarrollados anteriormente) para identificar qué formas flexibilizadas del tipo en los derechos reales deben ser inscritas, cuando no resulte del todo claro advertir que se puede reconducir en alguna medida a los derechos reales regulados en el Código Civil.

#### **4.3.1.1. Los «otros cualesquiera reales» y la «trascendencia real» en la Ley Hipotecaria española**

El Derecho hipotecario español introdujo dos conceptos que permitieron el ingreso a los registros públicos de situaciones jurídicas distintas a los derechos reales contenidos en el Código Civil, a través de concretas fórmulas normativas. El primer concepto que aparece es una puerta a la admisión de los denominados derechos reales atípicos y se encuentra en el Artículo 2 de la Ley Hipotecaria cuando señala que se inscribirán: «[...] los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales».

El otro concepto aparece en el Artículo 7 del Reglamento de la Ley Hipotecaria cuando indica: «[...] cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», sin embargo, esta vez para referirse a los negocios jurídicos.

Tan los conceptos de «otros cualesquiera reales» como «trascendencia real» han justificado en gran medida que se hable de un *numerus apertus* en el sistema español, respaldado por esta gran amplitud de su sistema registral.

#### a) **El tratamiento registral de los *otros cualesquiera reales***

El primero de los conceptos refiere a los derechos reales no tipificados en el Código Civil susceptibles de ingresar al registro para su publicidad<sup>80</sup> sin contravenir las disposiciones del Artículo 9<sup>81</sup> del Reglamento de la Ley Hipotecaria, toda vez que el ordenamiento jurídico español como dominante la distinción entre derecho reales (inscribibles) y derechos obligacionales (no inscribibles). En consecuencia, para decidir si un derecho es o no inscribible, hay que determinar (por regla) si es real o personal, asimismo, y por excepción, cuando algún derecho personal se publicite, este perjudicará a todo tercero adquirente (Roca y otros 2008: 273-275).

Los derechos reales inscribibles, conforme al segundo párrafo del Artículo 2 de la Ley Hipotecaria, son además de la propiedad los derechos reales de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*. Esto implica que no hay exclusión de inscripción respecto de los derechos reales inmobiliarios, pues todos (típicos y atípicos) tienen acceso al registro (*ibidem*: 300).

Como era de esperarse, esta construcción normativa incrementó considerablemente el número de situaciones susceptibles de registro. Ante este escenario, el concepto de derechos reales era insuficiente para explicar todas las situaciones jurídicas subjetivas susceptibles de inscripción registral. «Por tanto, hay que situarse aquí en esta postura, aunque no sea del todo

---

<sup>80</sup> «No es correcto hablar de *derechos reales inmobiliarios inscribibles*, pues lo que propiamente es *objeto directo de inscripción* son los *actos de mutación jurídico-real* de los mismos y *demás actos asimilados* susceptibles de inscripción» (Roca y otros 2008: 269).

<sup>81</sup> **Reglamento de la Ley Hipotecaria española**

#### **Artículo 9**

No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo cuarenta y dos de la Ley.



ortodoxa, y distinguir entre [i] *situaciones o derechos que no pueden inscribirse*, [ii] *situaciones o derechos que no requieren su constancia registral* y [iii] *situaciones o derechos personales inscribibles*<sup>82</sup>» (*ibidem*: 330).

Sin embargo, esto obligó a la Dirección General de los Registros establecer determinados criterios para cerrar el ingreso a determinadas situaciones que no pudieran entrar en la categoría de *otros cualesquiera reales*. Esto en gran medida a que el Registro no está concebido para recibir simplemente el nacimiento de nuevos derechos reales o la transmisión de los existentes (Lacruz 2008 T. III bis: 79).

Al respecto, del desarrollo jurisprudencial, Díez-Picazo (2008: 150) identifica los siguientes aspectos que delimitan los *otros cualesquiera reales*:

- (i) La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; (ii) hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; (iii) la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros; (iv) las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas porque facilitan la labor de los registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; y, (v) para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.

El traslado de la decisión de qué es un derecho real hacia los particulares genera un enorme problema de delimitación para los efectos prácticos de su inscripción. Por ello, al fin y al cabo, no solo basta la voluntad para optar por una regla de *numerus apertus*, en última instancia se requiere de ciertos límites.

## **b) Los negocios jurídicos con *trascendencia real***

Una cuestión de suma importancia y distinta<sup>83</sup> es la justificación que permite el ingreso de algunos negocios jurídicos que modifican algunas de las facultades inherentes a derechos reales al Registro español y que implica cierta modificación del contenido legal. Para aclarar esa incertidumbre, se desarrolló el concepto de «trascendencia real» como un elemento simplificador que plantea un criterio que supera —o al menos va más allá— la naturaleza jurídica del derecho (real u obligacional) para la admisión en el Registro.

El concepto de «trascendencia real»<sup>84</sup> se encuentra presente en el Artículo 7 del Reglamento

---

<sup>82</sup> Bajo el concepto de *situaciones o derechos personales inscribibles* han tenido acceso al registro los créditos dinerarios garantizados con hipoteca, los derechos personales emanados de cargas, gravámenes o afecciones de carácter real inmobiliario y los derechos personales derivados de actos susceptibles de anotación preventiva (*ibidem*: 344-346).

<sup>83</sup> «Otra cosa es cuando se trata de pactos, convenciones o relaciones jurídicas que implican carga o gravamen, que a pesar de no atribuir al favorecido ningún derecho real, pueden tener entrada como tales cargas o gravámenes de trascendencia real contra terceros adquirentes» (Roca y otros 2008: 303).

<sup>84</sup> El concepto de «trascendencia real» no debe ser confundido con el concepto de «efectos reales» que se atribuye al contrato. Ni mucho menos con el debate que en torno a este último concepto se ha producido en nuestro medio jurídico. Así, mientras que el concepto de «trascendencia real» hace exclusiva referencia a la incidencia mínima que debe tener el derecho (*lato sensu*) sobre el uso de un bien, el concepto de «efectos reales» versa sobre la idoneidad de un negocio jurídico (por antonomasia, el

de la Ley Hipotecaria española que indica lo siguiente:

**Artículo 7.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Con la introducción de esta expresión el debate se traslada de la discusión de un *numerus apertus* o *numerus clausus*, esto es, la mayor o menor autonomía que puedan tener los particulares; sino en decidir qué negocio jurídico posee una *trascendencia real* que permita su inscripción, considerando que el Artículo 9 del Reglamento de la Ley Hipotecaria señala que no son inscribibles «[...] la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales [...]».

En virtud de la *trascendencia real* se ha admitido la inscripción de los siguientes negocios jurídicos: (i) los pactos o cláusulas en que se limitan o modifican facultades que *prima facie* parecen inherentes al derecho del dominio; (ii) los pactos o negocios que establecen formas de parcial utilización de bienes ajenos (por ejemplo, utilización parcial de un terreno para servicio a una mina); y, (iii) negocios que estatuyen formas especiales de derechos de adquisición, distintos de aquellos que tienen carácter típico, como pueden ser los derechos de retracto legal, el retracto convencional y el derecho de opción de compra (por ejemplo, compromiso de adjudicar en pago en lo futuro un inmueble a requerimiento del acreedor; compromiso convencional de que el comprador restituirá al vendedor el terreno comprado, si este lo necesita; entre otros) (Díez-Picazo 2008: 151-152).

#### 4.3.1.2. La prueba del «*subtraction from the dominium*» en la jurisprudencia sudafricana

Como se estudió en el capítulo anterior, el ordenamiento jurídico sudafricano es uno de los pocos países dentro del *civil law*<sup>85</sup> que presenta un sistema abierto de registro de derechos sobre predios. El ordenamiento jurídico sudafricano rechaza la regla del *numerus clausus* en relación con la creación de derechos reales. Aunque se reconocen categorías de derechos reales, pero más con un sentido histórico que legal.

---

contrato) para producir la traslación de un derecho real (por antonomasia, la propiedad) de una esfera jurídica patrimonial a otra. Sobre la discusión en sede nacional: Escobar (2003: 233-276).

<sup>85</sup> Aunque también es considerado como un sistema jurídico «combinado» (*mixed*). Esto se debe a que, pese a que el Derecho sudafricano tiene una fuerte base romano-neerlandesa (es decir, *civil law*), también existe una fuerte influencia del Derecho inglés en muchas áreas. (Waal 1999: 2-3; Mostert s/f: 14-15; Merwe 2004: 2-3). Un trabajo importante en esta materia es desarrollado por Reinhard Zimmermann y Daniel Visser en «South African Law ad a Mixed Legal System» (1996).

Sudáfrica permite un amplio margen de «personalización» sobre los derechos prediales que ingresan al registro público. En esa línea, con frecuencia se pone atención al reto que representa para el *registrar of deeds* analizar qué tipo o categorías de derechos prediales son admitidos en el registro. Con la finalidad de brindar algunos alcances a los *registrar of deeds*, la Sección 63(1) del *Deeds Registries Act 1937 (DRA)*<sup>86</sup> establece que:

Ninguna escritura, o condición en una escritura, que pretenda crear o que incorpore algún derecho personal [*personal right*], y ninguna condición que no restrinja el ejercicio de algún derecho de propiedad [*right of ownership*] con respecto a bienes inmuebles [*immovable property*], podrá ser registrada: siempre que una escritura que contenga tales una condición como la mencionada anteriormente puede ser registrada si, en opinión del *registrar*, tal condición es complementaria o de otro modo auxiliar a una condición o derecho registrable o conferido en dicha escritura.

Para superar ese problema, las cortes sudafricanas aplican una «doble prueba» (*twofold test*): (i) examinan la intención del creador de vincular a los sucesores en el título (*successors-in-title*) y (ii) consultan si la obligación correlativa (al derecho) equivale a una «sustracción del dominio» (*subtraction from the dominium*). Estos dos aspectos operan de manera simultánea y son igualmente significantes (Mortert y Verstappen 2015: 20; Waal 1999: 5).

A tenor de la Sección 63(1) del DRA —y también gracias a las reformas en el sistema registral de los 90 (Scott 2010; Miller y Pope 2000; Moloto 2001)—, se han admitido con el tiempo nuevos «*real rights*» como la cesión de uso de tierras (*lease of land*), los derechos sobre minerales (*mineral rights*), los derechos reales sobre unidades en condominios (*real rights in respects of units in a sectional title scheme*), la anotación preventiva de los contratos de compraventa (*preregistration of contract of sale of land*) y algunas cargas reales (*onera realia*). La misma situación se ha advertido en relación con las servidumbres prediales (*servitudes*), admitiendo el derecho de uso de senderos (*right of trekepath*) y las denominadas condiciones restrictivas en desarrollos inmobiliarios o servidumbres *irregulares*, que implican la concesión de servidumbre a favor de determinadas personas (Waal 1999: 4; Merwe 2004: 3-12).

La primera de las pruebas (la intención del creador de vincular a los sucesores en el título) no genera mayores inconvenientes. Se trata de un concepto *subjetivo* por lo que se debe tomar en cuenta la *causa* contenida en el programa negocial para advertir si existe alguna intención de vincular a los sucesores en el título.

La segunda prueba (*subtraction from the dominium*) presupone que la propiedad de la tierra de una persona disminuye o se reduce mediante el otorgamiento a otra de un *real right* con respecto a la tierra. Dicho de otra manera: un *real right* que otra persona tiene con respecto a la propia tierra conlleva una resta o disminución de los poderes normales de uso, disfrute, enajenación o disposición inherentes a la propiedad de uno. Solo un derecho que tiene este efecto en la propiedad de una persona sobre la tierra es por *naturaleza* real y, por lo tanto, registrable (Waal 1999: 6).

Sin duda el ordenamiento jurídico sudafricano presenta considerables ventajas al trasladar la calificación de la condición de *real right* registrable al *registrar of deeds* en atención a la Sección

---

<sup>86</sup> Aunque la prueba se remonta a finales del siglo XIX en la formulación clásica del caso *Ex parte Geldenhuys* (Waal 1999: 5).

(63)1 del DRA. Esto permite una mayor flexibilidad para la admisión de nuevas figuras que pasan la «doble prueba». Esta ventaja también se advierte en el ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, se debe también tomar en consideración que las fórmulas normativas del DRA (Sudáfrica) y de la Ley Hipotecaria (España) fueron sometidas a una larga experiencia jurisprudencial que finalmente llegó a establecer los requisitos que efectivamente son tenidos en cuenta para admitir como *real* una situación jurídica subjetiva. Por ello, estos sistemas son solo en apariencia *numerus apertus*. Si bien dotan de gran apertura para la admisión al registro de nuevas formas apropiativas, los privados no son del todo libre para crear nuevos derechos reales.

También es importante resaltar que las normas que han tornado en seguidoras de la regla del *numerus apertus* a los ordenamientos jurídicos sudafricanos y español son de orden registral, es decir, no son las normas de derecho sustantivo (como un código civil) las que reconocen una absoluta libertad. Todo ello nos lleva a concluir que no se tratarían, pues, de ordenamientos jurídicos con una regla de *numerus apertus*, sino que la jurisprudencia y las normas registrales han dotado de mayor alcance y flexibilidad a ambos sistemas.

#### 4.3.2. Los criterios adoptados por el Tribunal Registral nacional

Al igual que las fórmulas normativas española y sudafricana, nuestro numeral 5 del Artículo 2019 del CC<sup>87</sup> tampoco desarrolla los criterios sobre la base de los cuales se debe admitir la inscripción de las restricciones al ejercicio de las facultades del titular de un derecho real. Esto resulta importante de definir, si se considera a nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una fuerte adscripción a la regla del *numerus clausus*. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Registral ha tenido que delimitar, por medio de la casuística, aquellos casos en los que procede inscribir los contratos que impliquen la flexibilización del tipo.

En relación con las restricciones al ejercicio de la propiedad, el Tribunal Registral, mediante **Resolución N.º 207-2004-SUNARP-TR-T (caso 1)** del 25 de noviembre de 2004, estableció uno de los primeros lineamientos sobre este tema, al resolver la apelación presentada por Casonainver SA, sobre si solicitud de cancelación por caducidad de la reserva de aires que a partir de los cinco metros lineales sobre el suelo, se hizo en favor de Juan Cassinelli Chiappe en el inmueble ubicado en el Jr. Ayacucho N.º 769-779-785 de la ciudad de Trujillo.

El solicitante manifestó que «[...] dicha circunstancia, que obra expresamente en el asiento 1 de fojas 271 del tomo 105 del Registro de Predios de Trujillo, constituye una restricción a las facultades del titular que a la fecha se encuentra caduca al haber transcurrido más de 10 años desde su inscripción en el Registro.» Esto al amparo de lo dispuesto en el Artículo 3<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> **Artículo 2019.-** Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

[...]

5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

<sup>88</sup> **Artículo 3.-** Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se

de la Ley N.º 26639, Ley que precisa Precisan aplicación de plazo de caducidad previsto en el Artículo 625 del Código Procesal Civil, en tanto que estamos frente a una «restricción a la facultad del titular del derecho inscrito».

La solicitud fue tachada por el registrador, siendo el fundamento de la denegatoria el siguiente:

Se tacha el presente por cuanto el comprado sólo adquirió el derecho de propiedad del inmueble hasta los 5.00 metros sobre el nivel del suelo, reservándose el vendedor el derecho de propiedad sobre los aires. Esta es una estipulación que contiene un derecho real de propiedad y no un gravamen, ni carga, por lo que no es cancelable por las normas de la Ley N.º 26639.”

Confirmando la tacha que denegaba la inscripción, el Tribunal Registral realizó el siguiente análisis:

«1. Mediante escritura pública del 08-04-1946 [...], Juan Casinelli Chiappe vendió a favor de Enrique Casinelli Chiappe y Angélica Pretell de Casinelli una casa ubicada en el Jirón Ayacucho N.º 635 de la ciudad de Trujillo. Consta en el asiento de inscripción la referencia de que **sólo fue materia de transferencia a favor de los compradores la propiedad del inmueble hasta 5 metros sobre el nivel del suelo**, pues el vendedor se reservaba pleno y exclusivo derecho de propiedad sobre los aires a partir de dicha altura y para construir pisos altos sobre la fábrica.

2. El interesado solicita la cancelación de este dato [la inscripción] que obra en el asiento registral porque considera que se trata de una restricción al derecho de propiedad que ha caducado en virtud de lo previsto en el Artículo 3º de la Ley N.º 26639 [...] Corresponde entonces establecer en el presente caso si la referida reserva de aires que obra expresamente en el registro constituye una restricción al derecho de propiedad del titular registral o, por el contrario, tienen otra naturaleza.

[...]

4. ¿A qué tipo de restricciones se refiere el inciso 5) del artículo 2019 del Código Civil? El Artículo 926 de este cuerpo normativo establece que las restricciones a la propiedad establecidas por pacto, para que surtan efecto respecto de terceros, deben inscribirse en el registro respectivo. Por otro lado, el Artículo 882 del mismo código precisa que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita. Estimando que están fuera de toda consideración por mandato legal las restricciones a las facultades del titular para enajenar o gravar un bien, se concluye que **el inciso 5) del Artículo 2019 incide sobre restricciones de las facultades del titular referidas sólo a derechos reales limitados, tales como el usufructo, el uso, etc. De allí la explicación que en la Exposición de Motivos se haya hecho mención, como ejemplo, el pacto de no arrendamiento, en virtud del cual el propietario se vería limitado en la facultad de transferir el uso de un bien. Entonces, dentro de la temática de la Ley 26639, las restricciones a las facultades del titular sujetas a caducidad por el transcurso del tiempo son aquellas referidas a derechos reales limitados.**

---

refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado.

5. A consideración de esta Sala, la situación jurídica de la que hace referencia el asiento 1 de fojas 275 del tomo 105 del Registro de Predios de Trujillo, **tiene otra naturaleza. Se trata en estricto de un derecho real de propiedad** que se constituyó a favor del vendedor Juan Cassinelli Chiappe, y **que aparece perfectamente definido pues se ejerce a partir de los 5 metros del suelo del área vendida y sobre la fábrica que los compradores construirían sobre la misma.** Demuestra este dato que los contratantes definieron los alcances y límites de cada uno de sus derechos, aun cuando el ejercicio del segundo, el que recae sobre los aires, estaba sujeto a una suerte de condición suspensiva: su eficacia depende de que previamente exista una fábrica sobre el terreno [...] Es evidente que la dirección teleológica de la voluntad común fue establecer dos planos espaciales: la del suelo y hasta los cinco metros de altura, a favor del comprador, y el que se extiende a partir de los cinco metros, y en todo cuanto sea posible su explotación, a favor el vendedor.

Si bien el presente caso no se analiza la admisión de un pacto, sino la cancelación de un asiento resulta de interés analizarlo, puesto que es uno los primeros lineamientos que brinda el Tribunal Registral, delimitando el ámbito de aplicación de las restricciones convencionales a la propiedad (forma flexibilizada del tipo), determinando si la enajenación de los aires implica una restricción a las facultades del propietario del suelo.

En ese sentido, advertimos que el Tribunal Registral estableció como una primera interpretación del numeral 5 del Artículo 2019 del Código Civil solo se refería a derechos reales limitados, considerando lo establecido en la Exposición de Motivos.

Discrepamos de esta interpretación, puesto que, el alcance de los artículos 926 y 2019.5 son mayores a los de una cláusula remissiva a los derechos reales limitados. Ambas normas tienen un ámbito de aplicación mayor.

Sobre la posibilidad de transferir los aires separadamente del suelo sin que previamente se haya edificado la fábrica sobre la cual se materializarían los aires, consideramos que esta opción no podría ser viable legalmente, puesto que podría ser un negocio nulo por carecer de objeto.

Además, adolece de ciertas deficiencias en el plano práctico, puesto que, como ocurre en el presente caso, no sirve de mucho tener la propiedad de los aires, si previamente no se ha edificado la fábrica sobre la cual aquellos se asientan. En adición a lo anterior, desde una perspectiva jurídica, podría objetarse que propiamente los aires no pueden fragmentarse por ser la extensión única del suelo, asimismo para la existencia de aires se requiere que estos se extiendan a partir del suelo o una fábrica, en este caso los aires se extenderían de los aires (más próximos) al suelo.

A nuestro parecer se confunde el derecho real de uso con la facultad de uso que confiere el derecho de propiedad. Al igual que ocurre entre el derecho real de uso con la cesión de uso que se otorga en el arrendamiento. Siguiendo esta lógica podríamos afirmar que el arrendamiento confiere un derecho real de uso, así como el derecho de propiedad confiere un derecho real de uso, de usufructo, de servidumbre, un «derecho real» de edificación, un «derecho real» de reivindicación, etc., lo cual es ilógico porque son derechos reales distintos.

Si bien la categoría más amplia, la propiedad, confiere facultades que comparte con otros derechos reales, esto no quiere decir que se confundan. En ese sentido, sería absurdo pensar

que el arrendamiento con posibilidad de disfrute (subarrendamiento) implicaría la constitución de un derecho real de usufructo. Asimismo, si del arrendamiento se constituyera un derecho real de uso, en atención al Artículo 1029 del CC, llegaríamos a la inferir que no se podría otorgar la facultad de subarrendar el bien, puesto el derecho real de uso es intransferible. En conclusión, no todo derecho que otorgue la posibilidad de uso de un bien se entenderá como la constitución de un derecho real de uso.

En la **Resolución N.º 160-2005-SUNARP-TR-L (caso 2)** del 23 de marzo de 2005, el Tribunal Registral resolvió la no inscripción de un contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria, que establecía la actividad comercial respecto de un hotel<sup>89</sup>.

El registrador que denegó la inscripción indicó que:

Se tacha el presente título de conformidad con el tercer párrafo del Artículo 42º del Reglamento General de los Registros Públicos, por cuanto al reingreso se aclara que el acto materia de inscripción es el contrato de gestión hotelera e inmobiliaria, el mismo que no es inscribible en el Registro de Propiedad Inmueble. **Cabe indicar que la administración del hotel no afecta al inmueble sobre el cual se desarrollan sus actividades, sino se refiere directamente a la actividad comercial del Gran Hotel Bolívar.** En ese sentido, no procede inscribir como carga al contrato antes mencionado y que es materia de la presente rogatoria.

Confirmando la tacha apelada, el Tribuna Registral resolvió citando los siguientes argumentos:

2. El recurrente ampara el pedido de inscripción en el inciso 5) del artículo referido precedentemente, el mismo que contempla como acto inscribible en el Registro de Propiedad Inmueble (actualmente Registro de Predios) las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito. [...] Por las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito se limitan una o algunas de las manifestaciones del derecho de propiedad, manifestaciones que tradicionalmente han sido encuadradas dentro de las facultades del *ius utendi, ius fuerndo, ius abutendi, ius possidendi, ius diponendi* y *ius vindicandi*, siendo necesario señalar que no se trata sólo de manifestaciones del derecho de propiedad, y consecuentemente, no son las únicas [...] Se debe entender entonces, que las restricciones de las facultades del titular importan un disfrute limitado de los derechos atribuidos al propietario de un bien, en el uso, disfrute, disposición y reivindicación de éste.

3. En tal sentido, corresponde dilucidar si el contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria materia del presente título celebrado por el administrador judicial del Gran Hotel Bolívar, implica una restricción en las facultades del titular del dominio del bien, es decir, la sociedad Huron Equites Inc.

4. Para ello, es necesario tener en cuenta en primer lugar que [...] en la partida registral del inmueble *submateria* consta inscrita la designación de Hugo Negreiros como administrador judicial del inmueble [...] y que tiene por objeto afectar el referido inmueble con la finalidad de recaudar los frutos que produzca [...]

5. Es dicho administrador judicial quien celebra el contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria a que se contrae la escritura pública del 18 de noviembre de 2004 [que es materia de inscripción]. En la cláusula segunda de la mencionada escritura, las partes contratantes

---

<sup>89</sup> En el título venido en grado se solicita la inscripción como carga, del contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria que celebra Hugo Negreiros Luna en calidad de administrador judicial del «Gran Hotel Bolívar» y la sociedad Las 5 Estrellas del Sur S.A.

establecieron lo siguiente: «Por medio del presente contrato, Gran Hotel Bolívar se asocia con 5 Estrellas para la gestión del Gran Hotel Bolívar y las actividades inmobiliarias de propiedad configurándose una relación de gestión entre los contratantes. No obstante lo anterior, 5 Estrellas no podrá ser considerada en modo alguno co-propietaria, accionista, o titular de la referida propiedad de las empresas antes mencionadas» Precizando en la cláusula cuarta que: “Por el presente contrato 5 Estrellas tendrá facultades para actuar en todos los ámbitos propios de la gestión ordinaria del negocio hotelero del Gran Hotel Bolívar». Como se aprecia [...] el contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria no implica una restricción de los atributos de uso, disfrute o disposición de la titular del inmueble (Huro Equites Inc.), en la medida que se contrae a la actividad comercial del “Gran Hotel Bolívar” y no específicamente al bien en el cual se ha establecido el mencionado hotel.

El Tribunal Registral distingue entre las dos facultades que tienen los señores Hugo Negreiros, administrador judicial, y 5 Estrellas, gestora hotelera e inmobiliaria, indicando que solo el primero constituye una verdadera restricción a la propiedad al conferirle el uso y el disfrute del bien, estando ya inscrito. De esto se puede extraer como una primera regla que las actividades relacionadas con la actividad comercial realizada respecto de un inmueble, como un contrato de asociación de gestión hotelera e inmobiliaria, no constituye un contrato que restrinja el ejercicio de la propiedad, ni en ninguna de sus facultades. Por ello, no resulta un acto inscribible.

Es importante mencionar que la restricción en el uso y el disfrute de un bien implica que se haga en beneficio de otro, es decir, que las limitaciones tengan por beneficiario a una persona distinta del titular, caso contrario estaríamos ante una relación de mandato o de gestión de negocio.

En otro caso, se estableció como regla que las restricciones o limitaciones legales a que se refiere el Artículo 925 del Código Civil, no constituyen actos inscribibles. Así, en la **Resolución N.º 402-2006-SUNARP-TR-L (Caso 3)** del 4 de julio de 2006, se discutió la inscripción del Decreto Supremo N.º 035-83-IN, modificado por el Decreto Supremo N.º 038-83-IN, referido a la declaración de «Zona Reservada» los bienes e instalaciones de Petroperú, ubicados en predios de propiedad de terceros, quienes veían restringidos el derecho de propiedad.

El registrador observó el título presentado para su inscripción por dos razones: (i) de la verificación de las partidas en las que corren registradas las dos zonas materia de la solicitud, en ninguna tienen dominio Petroperú, indicando que previamente se debería inscribirse el dominio a favor de la solicitante; y, (ii) de conformidad con los decretos supremos cuya inscripción se solicita, se desprende que la declaratoria de «Zona Reservada» no tiene efectos reales, no afectándose con ello ninguno de los atributos del Artículo 923 del CC, por lo que la solicitud no se ampara en ninguno de los supuestos del Artículo 2019 del CC; como consecuencia, se ordena aclarar la rogatoria.

El Tribunal Registral revocando las observaciones formuladas y denegando la inscripción, estableció los siguientes lineamientos sobre la inscripción de las restricciones legales:

9. La Zona Reservada a que se contrae el Decreto Supremo N.º 035-83-IN [...] constituye una restricción legal al derecho de propiedad, que participa de las características de irrenunciabilidad y generalidad antes mencionadas, pero que, no obstante, no constituye un acto inscribible en los Registros Públicos.

10. Al respecto, Manuel Peña Bernaldo de Quirós [*Derechos Reales: Derecho Hipotecario*. T. I.



Tercera edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. P. 244], señala que «las limitaciones legales vienen automáticamente establecidas por el ordenamiento y son connaturales al derecho de propiedad mismo. Por eso, probada la propiedad, está probada la delimitación legal; e inscrita la propiedad, consta ya suficientemente en el Registro la delimitación connatural del derecho inscrito, por lo que, sin necesidad de expresión registral especial, afecta a terceros [...]».

[...]

13. En resumen, las restricciones legales de la propiedad son irrenunciables conforme el Artículo 925 del Código Civil, no pudiendo suprimirse o modificarse por acto jurídico, y son generales, afectando a todas las propiedades que se encuentren comprendidas en los supuestos respectivos, no requiriendo para su eficacia de inscripción en el Registro, siendo suficiente la publicidad legal; mientras que las restricciones establecidas mediante pacto para poder oponerse a terceros necesitan de su inscripción en el Registro.

14. Por consiguiente, la invocación al inciso 5 del artículo 2019 del Código Civil, para solicitar la inscripción de la zona reservada en las partidas indicadas en el antecedente registral, no es correcta; porque este inciso se refiere a las restricciones establecidas mediante pacto, por lo que debe concordarse con el Artículo 926 del Código Civil y no con el numeral 925 del citado cuerpo de leyes, relativo a las restricciones o limitaciones legales.

Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Registral estableció, por un lado, el numeral 5 del Artículo 2019 del Código Civil hace referencia a las restricciones de origen convencional; y, por otro, no son inscribibles las limitaciones a la propiedad de fuente legal.

En la **Resolución N.º 952-2008-SUNARP-TR-L (Caso 4)** del 4 de setiembre de 2008, se estableció que de acuerdo con el numeral 5 del Artículo 2019 del Código Civil son inscribibles en el Registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble, las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito. Dicha norma, además, resulta compatible con el Artículo 926 del mismo Código.

En dicha resolución se analizó la solicitud de inscripción de una carga que constaba en la «Cláusula novena. - Disposición de la propiedad» de la escritura pública de constitución de derecho de usufructo, otorgado el 21 de enero de 2006 por la Compañía Plaza Puruchuco SA a favor de Sodimac Perú SA, respecto del terreno ubicado en la Av. Nicolás Ayllón N.º 470, distrito de Ate Vitarte, el cual corre inscrito en la partida N.º 49086980 del Registro de Predios de Lima. Cabe precisar que la carga fue presentada para su inscripción de forma separada y anticipada a la inscripción del usufructo.

El título presentado para la inscripción de la carga fue observado por el registrador público, puesto que, señaló este: «No es posible la inscripción de las cargas que forman parte del contrato de usufructo, separadas de este, por ser estas restricciones accesorias al contrato principal y están supeditadas también a la existencia del local».

Como antecedentes tenemos que la Compañía Plaza Puruchuco SA celebró con Sodimac Perú SA un contrato de constitución de usufructo, en el cual se prevé que Puruchuco lleve a cabo un desarrollo comercial sobre el terreno de su propiedad inscrito en la partida electrónica N.º 49086980 del Registro de Predios de Lima. Las obligaciones asumidas por Compañía Plaza Puruchuco SA a favor de Sodimac están relacionadas con la construcción del local que posteriormente deberá serle entregado en su condición de usufructuaria.

Asimismo, se debe tener en cuenta que estas obligaciones sólo podrán ser cumplidas por la Compañía Plaza Puruchuco SA, en tanto esta sea propietaria del predio. Por ello, ante la eventualidad de una transferencia, el nuevo propietario no tendrá ninguna obligación frente a Sodimac Perú SA.

A fin de evitar esta situación, Sodimac Perú SA y la Compañía Plaza Puruchuco SA establecieron en la cláusula novena del contrato de usufructo (sometido a la condición suspensiva de que se construyera el local comercial) que esta se obligaba frente a aquella a incorporar dentro de cualquier documento que implique una transferencia, una cláusula mediante la cual el nuevo adquirente reconozca la existencia del contrato de usufructo y se comprometa a respetarlo y cumplirlo.

De igual manera, ambas partes acordaron que las restricciones previstas en el contrato al derecho de propiedad de la Compañía Plaza Puruchuco SA debían ser inscritas en la partida del terreno. En ese sentido, la inscripción de esta restricción tiene por objeto asegurar que el potencial adquirente del terreno reconozca y respete el contrato de usufructo previo.

Como puede observarse, la inscripción de forma posterior o simultánea a la inscripción del usufructo carecería de sentido, puesto que lo que se persigue es garantizar el cumplimiento de la edificación del local para que posteriormente sea dado en usufructo.

Al respecto, el Tribunal Registral al revocar las observaciones y proceder a su inscripción, señaló lo siguiente:

3. En el presente caso [...] corresponde analizar a este tribunal si procede la inscripción de una carga convencional establecida en un contrato de constitución de usufructo sin que sea necesario la inscripción previa de este último.

[...]

5. [...] Conforme se desprende del tenor del numeral 1 del Artículo 2019 del Código Civil, las inscripciones en el Registro de la Propiedad Inmueble se refieren primordialmente a «los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles» [...] Asimismo, de la revisión de los numerales 2 al 9 del citado artículo se aprecia la enumeración de diversos actos que, si bien no generan de manera inmediata la constitución, declaración, transmisión, extinción, modificación o limitación de derechos reales, de una forma u otra, en su mayoría están destinados a generar una mutación real que merece ser publicitada erga omnes.

[...]

8. [...] el legislador ha establecido que una diversidad de situaciones consistentes en obligaciones de hacer o de dar tengan acceso al Registro en calidad de «cargas», originando con ello una distorsión con relación a los efectos de estas inscripciones, pues bien no limitan la libre transferencia de los bienes, y siendo derechos personales, no son persecutorios de la cosa, sí generan publicidad frente a terceros respecto de obligaciones pendientes del deudor titular de dominio frente al acreedor titular de la carga.

9. La Enciclopedia Jurídica Omeba [T. XIII. Driskill S.A. Buenos Aires, 1984. P. 380] define al gravamen como la «carga bonitaria o personal, que vincula o sujeta a una persona o cosa a otra persona o al Estado». Asimismo, [Guillermo] Cabanellas [*Diccionario de Derecho Usual*. T.

II. Buenos Aires, 1968. P. 271] define al gravamen, en una primera acepción, como la carga u obligación que pesa sobre alguien que ha de ejecutar o consentir una cosa o beneficio ajeno; y en una segunda acepción, como el derecho real o carga impuesta sobre un inmueble o caudal; definiendo a la carga como el tributo o gravamen que se impone a una persona o cosa.

De lo expuesto se colige que la carga o el gravamen puede ser de naturaleza real o personal, estando frente al primero de los nombrados cuando afecta uno de los atributos del derecho de propiedad, en consecuencia, necesariamente debe tratarse de un derecho real distinto a la propiedad, como el usufructo, servidumbre, etc.; y estaremos frente a un gravamen de naturaleza personal cuando el mismo no recaer sobre un bien, y por lo tanto no afecta directamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad, sino sobre una persona, como por ejemplo, establecer una determinada obligación de hacer para obtener el disfrute o el aprovechamiento del bien, o la obligación de ejecutar progresivamente las obras posteriores para una habilitación determinada, como realizar conexiones domiciliarias de agua, desagüe o electricidad, entre otras.

10. Como ya se ha señalado, con el título alzado se solicita la inscripción de una carga o limitación contenida en la novena cláusula adicional del contrato de constitución de derecho de usufructo que otorga la Compañía Plaza Prurucucho SA a favor de Sodimac Perú SA En la referida cláusula se estipuló lo siguiente:

*«Cláusula novena. - Disposición de la propiedad*

*Plaza Puruchuco o quien resulte propietario podrá disponer de la propiedad del local o ceder su posición contractual en el presente contrato, siempre y cuando informe de dicho hecho previamente a Sodimac y la empresa o entidad que adquiera la propiedad en el local sea una empresa o entidad de reconocido prestigio en el mercado de la operación de centros comerciales y no sea competidor directo ni un empresa controlada por un competidor directo de Sodimac, la tienda por departamentos 'Saga Falabella' o 'Hipermercado Tottus'. En caso Plaza Puruchuco incumpla esta obligación, Sodimac se encontrará facultado a resolver el contrato de pleno derecho, pudiendo exigir a Plaza Puruchuco una indemnización por los daños y perjuicios que dicha resolución pueda ocasionarle.*

*Asimismo, en estos casos de disposición de la propiedad o cesión de posición contractual, Plaza Puruchuco o quien resulte propietario en el local o cesionario, según sea el caso, se obliga a establecer cualquier documento que suscriba al respecto una cláusula mediante la cual claramente el nuevo adquirente del local o el nuevo cesionario reconozca la existencia del contrato, y se compromete a respetar todas las cláusulas del mismo. De incumplir Plaza Puruchuco con esta obligación, Plaza Puruchuco o quien resulte propietario del local o el cesionario, se encontrará obligada al pago de la penalidad establecida en el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato.*

Respecto a la penalidad establecida por las partes contratantes, se ha precisado lo siguiente:

*8.1 En caso Plaza Puruchuco o quien resulte propietario del local, o quien haya asumido su posición contractual en el contrato, haya incumplido con incluir el contrato que suscriba con el nuevo adquirente del local una cláusula en los términos a que se refiere el segundo párrafo de la cláusula novena del contrato en la cual este nuevo adquirente o nuevo cesionario claramente reconozca la existencia del contrato y se comprometa a respetar todas las cláusulas del mismo; y el nuevo adquirente de la propiedad o el nuevo cesionario no respete todos los términos y condiciones del contrato; Plaza Puruchuco o quien resulte propietario, o el cesionario del local, según sea el caso, deberá pagar a solo requerimiento de Sodimac una penalidad de US\$ 6 500 000.00 [...]. Esta penalidad no será de aplicación una vez que el contrato haya quedado inscrito en los registros públicos [...]*

11. Conforme a lo señalado en dichas cláusulas contractuales, en el supuesto que el propietario [...] del terreno *submateria* [...] decida disponer de su propiedad o ceder su posición contractual del presente contrato, asume las siguientes obligaciones: (i) informar de la disposición de la propiedad a la parte contratante, esto es, Sodimac Perú S.A., y (ii) establecer en cualquier

documento una cláusula mediante la cual claramente el nuevo adquirente del local o el nuevo cesionario reconozca la existencia del contrato, y se comprometa a respetar todas las cláusulas del mismo.

Esta segunda *obligación de hacer* establecida de común acuerdo entre la Compañía Puruchuco S.A. y Sodimac Perú SA, constituye no solo una restricción o limitación para el actual titular registral, sino también para el eventual nuevo propietario del terreno, en el sentido que de adquirir la propiedad del bien inscrito [...], o asumir la posición contractual del presente contrato de constitución de usufructo, este nuevo adquirente o cesionario, tiene la obligación de respetar todas las obligaciones establecidas en el presente contrato, buscando de esa forma que éste pueda darse en un momento posterior.

En cuanto esta segunda obligación, claramente se aprecia que lo que se pretende con la misma, es asegurar la ejecución o cumplimiento del propio contrato de usufructo, toda vez que el derecho a usar y disfrutar temporalmente de dicho bien, solo será posible cuando Puruchuco SA haya construido el local, siendo esto viable en la medida que sea propietario del terreno, o si al haberlo transferido, el tercero adquirente se hubiera obligado a respetar el contrato de usufructo.

12. En este orden de ideas, al margen de la evaluación de la legalidad o ilegalidad del citado pacto, se aprecia que esta limitación o restricción constituye en esencia una carga o gravamen de naturaleza personal para el nuevo adquirente o cesionario, siendo, por tanto, un acto que debe merecer acogida registral para garantizar la oponibilidad frente a terceros.

En primer lugar, compartimos la apreciación que hace el Tribunal Registral sobre los numerales del 2 al 9 del Artículo 2019, puesto que abre la puerta a la inscripción de títulos que contengan todo tipo de situaciones jurídicas subjetivas que no necesariamente impliquen la creación, modificación o extinción de derechos reales de forma inmediata. En ese sentido, resulta necesario abandonar el marco categorial de los derechos reales, puesto que estos resultan insuficientes para cubrir el gran ámbito de situaciones jurídicas subjetivas que ingresan al registro; por ello la adopción de la categoría de «situaciones jurídicas reales», siendo estas posibles formas flexibilizadas del tipo del derecho real correspondiente.

En segundo lugar, el Tribunal Registral entiende a las «cargas» como obligaciones personales pendientes por parte del titular del dominio a favor del titular de la carga. Asimismo, se distingue entre las cargas reales y personales. Se encuentran dentro de los primeros los derechos reales limitados y dentro de los segundos, aquellas que no recae sobre un bien, y por lo tanto no afecta directamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad, sino sobre una persona.

Sin embargo, no consideramos que esta clasificación de cargas comprenda a la totalidad de situaciones que puedan manifestarse sobre los bienes, puesto que existen figuras que también inciden sobre los «atributos» de la propiedad sin ser derechos reales limitados, por ejemplo, el arrendamiento, los derechos de aprovechamiento por turno, los pactos de no edificación, las limitaciones relacionadas al uso de los bienes dentro de complejos inmobiliarios, entre otros. De lo anterior resulta que la distinción entre cargas «reales» y «personales» es un rezago de las categorías tradicionales que dividen a las situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial entre derechos reales y derechos personales.

En tercer lugar, el Tribunal Registral adopta como regla la inscripción de pactos que tienden a asegurar el cumplimiento de constitución de un derecho real que se inscribirá con

posterioridad. Es decir, el Tribunal Registral admite con carácter de inscribible un contrato que contiene una obligación de hacer, pero que incidirá a futuro sobre un derecho real. Lejos de ser algo menor, tenemos una mayor apertura a situaciones jurídicas que son meritorias de obtener una publicidad, dado que requieren de una oponibilidad a terceros desvinculados del contrato que se inscribe.

De las resoluciones expuestas podemos extraer las siguientes reglas en relación con los pactos que pueden ingresar a los Registros Públicos:

1. En el Caso 1 se establece que el numeral 5 del Artículo 2019 se refiere a los derechos reales menores.
2. En el Caso 2 se establece que el contrato de administración de negocios no resulta inscribible, puesto que no afecta al inmueble sobre el cual se desarrollan sus actividades, sino se refiere directamente a la actividad comercial del Gran Hotel Bolívar.
3. En el Caso 3 se establece que las restricciones legales no requieren de la inscripción registral, puesto que gozan ya de una publicidad legal.
4. En el Caso 4 se establecen dos reglas: (i) en relación con los numerales del 2 al 9 del Artículo 2019, si bien no generan de manera inmediata la constitución, declaración, transmisión, extinción, modificación o limitación de derechos reales, de una forma u otra, en su mayoría están destinados a generar una mutación real que merece ser publicitada *erga omnes*; y, (ii) se admite la inscripción de pactos que contengan una obligación de respetar todas las obligaciones establecidas en un futuro contrato que incide sobre un derecho real, buscando de esa forma que éste pueda darse en un momento posterior.

De los casos desarrollados se puede apreciar una clara tendencia hacia la apertura en la inscripción registral de las formas flexibilizadas del tipo en el derecho real de propiedad (al igual que sucede en España y Sudáfrica). Así en la resolución más reciente (Caso 4), a diferencia de la más antigua (Caso 1), el Tribunal Registral adopta un nuevo criterio e incluso admite la inscripción de un pacto que no tiene una incidencia real actual, sino que recién la tendrá en un futuro.

## Capítulo V. Las reglas aplicables a los derechos reales: El contenido legalmente determinado (tipicidad) de los derechos reales como categoría general

Como indicáramos con anterioridad a partir de la teoría de la verificación (Hansmann y Kraakman 2002), el desarrollo progresivo de los mecanismos que faciliten la verificación de las titularidades (en términos de coordinación y exigibilidad) torna de poca utilidad práctica a la regla del *numerus clausus*.

Esto representa como una crisis de la distinción entre derechos reales/*property rights* y personales/*contract rights*, de la regla del *numerus clausus* y de la categoría misma de los derechos reales/*property rights*. Sumado al constante desarrollo de la contratación inmobiliaria, al creciente mercado de intangibles (marcas, patentes, derechos de autor, etc.) y la integración de mercados europeos que *enfrentan* al *civil law* y *common law*, compeliendo a los *civil lawyers* incorporar al derecho *proprio* figuras como *trust*, *servitude in land*, *time-share*, *security interest*, entre otros.

A este punto podemos afirmar que si los derechos reales como categoría se reducen a la cuestión de «correr con el bien» (persecutoriedad), estos carecerán de toda utilidad práctica a medida que la implementación de las reglas de verificación de titularidades sea menos costosa y más efectiva. Siguiendo esta idea, en un escenario hipotético de un registro público constitutivo y abierto a todos los derechos, los derechos reales será una categoría de reducida utilidad práctica. Entonces resulta pertinente preguntarnos: ¿solo importa la persecutoriedad en los derechos reales?

La importancia de la construcción de una categoría general se encuentra, precisamente, en las reglas supletorias, lo cual lleva a que los mecanismos de verificación de las titularidades operarían de forma parcial en el *civil law*. Esto debido a que dichos mecanismos solo incorporan los alcances que las partes atribuyen a los derechos durante su configuración. Sin embargo, el *civil law* presenta un conjunto de reglas residuales que operan de manera complementaria a la configuración de los derechos. Los esfuerzos de la presente investigación es evidenciar la importancia de la comprensión de los derechos reales como una categoría general a partir de (re)construcción de la tipicidad.

De otra parte, tradicionalmente la respuesta a «¿qué son los derechos reales?» se ha enfocado en brindar una aproximación histórica y luego conceptual, tratando de buscar la «esencia» de esta categoría jurídica para después identificar aquellas figuras jurídicas que encajan dentro de dicha categoría. En este trabajo intentamos una aproximación distinta. Desde cambiar a la pregunta «¿qué son los derechos reales?» por «¿qué consecuencia (jurídicas) conlleva que un derecho sea “real”?».

En esta línea, consideremos que las consecuencias jurídicas de catalogar a un derecho como real se encuentran dentro del ordenamiento jurídico positivizado, por ello, nuestro enfoque está en la codificación, el instrumento legal antonomástico que regula las consecuencias jurídicas de un derecho real.

Consideramos que una aproximación desde el derecho positivo es solo una labor inicial pero necesaria. Nos brinda un panorama inicial y global del cual se puede partir para futuras investigaciones. Las reglas jurídicas contenidas en los códigos civiles que analizaremos

permitirán tener una noción clara sobre los alcances de las implicancias del revestimiento de «lo real» de un derecho. No entendiendo «lo real» como esencia, sino como consecuencia.

Específicamente en materia de derechos reales, el dato positivo resulta hasta cierto punto *imprescindible*, toda vez que la definición de una situación jurídica como real dependerá del reconocimiento como tal dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se torna —hasta cierto punto— banal la definición del derecho real, por ser calificado como tal por el propio ordenamiento jurídico, volviéndose en un concepto circular. De lo anterior, consideramos más bien resulta de utilidad centrar la atención en las consecuencias jurídicas de «lo real», así como determinar los alcances de la determinación del contenido legalmente establecido de cada tipo (esto es, la tipicidad) dentro de la categoría de los derechos reales.

Partiendo de esta idea, nuestra atención se centrará en aquellas disposiciones que hagan referencia a los derechos reales como una categoría jurídica en conjunto, es decir, no la mera mención y regulación de la propiedad, el uso, el usufructo, la habitación, las servidumbres, etc., sino a la referencia conjunta y a la atribución de efectos jurídicos propios a esta categoría jurídica.

El recorrido normativo también aportará a la investigación al permitir identificar y discriminar aquellas reglas que hagan mención de determinados criterios de interpretación, mecanismos de tutela, extinción, modos de adquisición, aplicaciones supletorias de normas, capítulos o títulos, entre otros, que hagan referencia, de igual manera, a los derechos reales considerados de forma abstracta y conjunta.

La importancia de contar con una categoría de los derechos reales radica en la posibilidad de incorporar y desarrollar un conjunto de reglas que sirvan de aplicación supletoria de tal manera que integren aquellos vacíos que puedan presentarse dentro de las normas específicas de cada derecho real. Asimismo, esto permitirá identificar un conjunto de reglas y principios que tengan en común esta categoría que sirvan en la labor hermenéutica de los operadores jurídicos.

## **5.1. Sobre el tratamiento normativo de la categoría de los derechos reales en los principales códigos latinoamericanos y europeos (en orden alfabético)**

### **5.1.1. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina**

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (en adelante, **CC argentino**) se divide en seis (6) libros: (i) Parte General, (ii) Relaciones de Familia, (iii) Derechos Personales, (iv) Derechos Reales, (v) Transmisión de Derechos por Causa de Muerte y (vi) Disposiciones comunes a los Derechos Personales y Reales.

En el esquema planteado por el CC argentino advertimos la opción de los codificadores<sup>90</sup> por distinguir las «Disposiciones Generales» de la regulación de la posesión (y tenencia) y cada uno de los derechos reales. De esta manera se toma partida por la sistematización de los derechos reales como categoría ordenante de distintas situaciones jurídicas subjetivas. Esto implica la revitalización de una categoría dotándola de utilidad práctica al momento de la interpretación y la integración de las normas especiales.

---

<sup>90</sup> La Comisión para la elaboración del proyecto creada por el decreto 191/2011 (BO 28/02/2011) estuvo conformada por Ricardo Luis Lorenzetti (presidente), Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y Miguel Federico De Lorenzo.

El Artículo 1882 del CC argentino define al derecho real como el «[...] poder jurídico, de estructura legal, que ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.» La definición del derecho real como un «poder jurídico» no es más que el lenguaje técnico para referirse a los conceptos metafóricos de «señorío» (von Tuhr 1998-1999: 137) o de «haz de facultades» («*bundle of rights*») (Heller 1999: 1191).

Seguidamente, el CC argentino limita este «poder jurídico» mediante la idea de una «estructura legal» (*rectius*, un «tipo jurídico-estructural»). Resaltamos esta idea de «estructura legal» puesto que será un concepto inmanente al de derecho real, el cual, por su propia naturaleza, se encuentra regulado en sus elementos estructurales y alcances por el ordenamiento jurídico, con lo cual muchas de sus configuraciones son extraídas de la autonomía privada.

Esta «parte general» del CC argentino establece también el objeto (Art. 1883), el fenómeno de la convalidación (Art. 1885), la persecución y preferencia (Art. 1886), sus clasificaciones (Art. 1888), la distinción entre derechos reales principales y accesorios (Art. 1889), el ejercicio de la posesión (Art. 1891) —la cual acertadamente no considera como un derecho real, sino como una materialización de su ejercicio—. Estas disposiciones son comunes a todos los derechos reales. Detengámonos en cada una de ellas.

El Artículo 1883 desarrolla en qué consiste el objeto de los derechos reales de la siguiente manera:

El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

A diferencia de los *property rights* del *common law* y siguiendo un apartamiento progresivo en muchas codificaciones de los bienes inmateriales, el CC argentino limita el objeto de los derechos reales a aquella parte material, es decir, a las cosas; por tanto, no rigen las reglas contenidas en el Libro Cuarto para los casos de propiedad intelectual o cualquier otro tipo de titularidad sobre bienes inmateriales.

Como venimos destacando, la estructura legal es una dimensión dentro de la ordenación de los tipos en los derechos reales. Un ejemplo de esta delimitación de la estructura de un derecho real la encontramos en el Artículo 1884 del CC argentino:

La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

Con lo cual el CC argentino adopta una tipicidad «fuerte» en lo que se refiere a la categoría de los derechos reales, sancionando con nulidad la configuración de un nuevo derecho real o la modificación de su estructura. A nuestro parecer podría haberse establecido como «sanción», en vez de la nulidad, la calificación dentro de los tipos establecidos como es la práctica de los tribunales norteamericanos desde hace muchas décadas (Merrill y Smith 2000: 20-23).



Ahora bien, debemos destacar que la tipicidad en el CC argentino no solo se refiere a una reserva legal en la denominación de un derecho real como establece el Artículo 881 del Código Civil peruano al indicar que «Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes», lo cual hace una mera referencia circular, en el sentido, que son «derechos reales» los que la ley (*lato sensu*) denomina como tales.

Muy por el contrario, en el CC argentino, «[...] la ley se reserva la reglamentación de los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción, esto es, se trata, en definitiva, de la noción de *numerus clausus* o número cerrado de derechos reales, que, por tanto, no podrán ser otros ni con otro contenido que el expresamente prescripto por la ley» (Causse y Pettis 2015: 4).

De forma complementaria, el Artículo 1887 enumera los derechos reales, siendo estos (i) el dominio, (ii) el condominio, (iii) la propiedad horizontal, (iv) los conjuntos inmobiliarios, (v) el tiempo compartido, (vi) el cementerio privado, (vii) la superficie, (viii) el usufructo, (ix) el uso, (x) la habitación, (xi) la servidumbre, (xii) la hipoteca, (xiii) la anticresis y (xiv) la prenda.

El nuevo CC argentino incorpora nuevos derechos reales como la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie. Al respecto, Cusse y Pettis (2015: 6-7) señalan que:

De esta manera, se da respuesta concreta a una antigua disputa sobre la necesidad de su regulación en el ámbito de los derechos reales, lo cual quedó contestada por el legislador al incorporar estas nuevas formas de propiedad de manera autónoma, sin fundirlas en moldes de antiguos derechos de propiedad conocidos.

Asimismo, se pone conclusión a un debate sobre la consideración de la posesión como un derecho real, definiéndola en el Artículo 1909 como «[...] el poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no».

El Artículo 1885 incorpora la figura de la «convalidación» de la siguiente manera:

Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.

Con la figura de la convalidación se busca subsanar la falta de legitimidad que puede tener el transferente o constituyente de un derecho real, cuando adquiere las facultades de forma posterior. Por lo tanto, la convalidación opera como un remedio negocial de la ineficacia en sentido estricto motivada en la falta de legitimidad del transferente, con un alcance adicional para la constitución del derecho real en sí, es decir, tiene un efecto de saneamiento negocial y también de saneamiento «real».

Sin duda es un remedio que guarda coherencia con el principio de conservación del acto, en tanto que la ineficacia en sentido estricto fundada en la falta de legitimidad no representa un grave vicio negocial merecedor de la nulidad de este. Bajo esta lógica, la ineficacia en sentido estricto, mientras no se convalide, debe ser inoponible al legítimo titular del bien.

Aunque debemos agregar que la figura de la convalidación no explica si los efectos de esta operarán *ex nunc* o *ex tunc*. Al respecto, consideramos que el efecto de la convalidación debe

ser irretroactiva, a fin de que guarde coherencia con los efectos de la condición, otro supuesto en el que se suspenden los efectos negociales. Por tanto, habría una coherencia en el plano de los efectos negociales (autonomía privada) y aquellos establecidos por la ley para el nacimiento (constitución) o transferencia de un derecho real.

El Artículo 1886 consolida una postura mayoritaria vinculada a la oponibilidad «absoluta» que tienen los derechos reales y que se materializa en las facultades de persecución y preferencia:

El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

La persecución tiene como presupuesto la oponibilidad y se operativiza a través de las acciones reales. La preferencia se refiere a la prelación que obtiene un derecho real de garantía al momento de su ejecución frente a otro tipo de derechos. Ambas se plantean como facultades implícitas a todos los derechos reales. Esto es, corren con el bien.

Los Artículos 1888, 1889 y 1890 refieren a clasificaciones de los derechos reales, en atención a la pertenencia del bien, a su condición de principal o accesorio, y a la condición de registrable del bien sobre el cual recae el derecho real, respectivamente. El Artículo 1891 hace referencia al ejercicio de la posesión y la diferencia con los actos posesorios, así como su vinculación de estos dos conceptos con los derechos reales. Estos últimos artículos no refieren directamente a la estructura legal del derecho real, sino a cuestiones conexas a este.

Llama la atención el criterio de interpretación a favor del titular del bien gravado y la presunción del bien sin gravamen establecido en el Artículo 1888: «[...] [l]as cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado». Estos no son propiamente reglas que afecten directamente al derecho real, sino al negocio jurídico que es fuente de este. En ese sentido, al igual que la convalidación, el Libro Cuarto establece reglas de aplicación a los negocios o hechos jurídicos que son fuente de los derechos reales.

Por otra parte, el Capítulo 2 del Título I regula de forma general y aplicable a todos los derechos reales, la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de estos. Se consolidan posturas como la teoría del título y el modo para la adquisición de los derechos reales por actos entre vivos (Artículo 1892).

También se establece la inoponibilidad (Artículo 1893) como regla para la adquisición o transmisión de derechos reales frente a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente, sea mediante la inscripción registral o la posesión, o cuando aquellos que participaron en el acto de adquisición conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Sobre la constitución, y siguiendo la regla de la «fijación del tipo» (*typenfixierung*) y el *numerus clausus* (*typenzwang*) del Artículo 1884, se prohíbe al juez constituir un derecho real o imponer su constitución (Artículo 1896), con lo cual, ante la duda, el juez deberá declarar la nulidad del acto de constitución de un derecho real, no pudiendo reconducir, por ejemplo, un contrato poco claro a uno de los tipos establecidos.

También se regula de forma general y para todos los derechos reales, la prescripción adquisitiva (Artículo 1897), la prescripción adquisitiva «breve» (Artículo 1898) y «larga» (Artículo 1899), los conceptos de justo título y buena fe (Artículo 1902), así como la condición de «transmisible» de los derechos reales (Artículo 1906) y su extinción (Artículo 1907). En el caso de la prescripción adquisitiva, las reglas sobre esta no pueden ser modificada por convención (Artículo 2533).

En conclusión, el CC argentino ha presentado de forma sistemática y ordenada un conjunto de reglas aplicables a la categoría de derechos reales, regulando de forma genérica cuestiones como su adquisición mediante la prescripción adquisitiva, su oponibilidad, transmisibilidad, supuestos de extinción, tipicidad, contenido, estructura, entre otros.

Esto, sin duda, constituye un valioso esfuerzo por revitalizar la categoría incorporando nuevos tipos y reglas generales, lo cual implica que la configuración de derecho real conlleve consecuencias jurídicas propias establecidas legalmente y no susceptibles de modificación por las partes. Esto es lo que denominamos una «fijación del tipo» (*typenfixierung*).

### 5.1.2. Código Civil de Alemania

El Código Civil de Alemania (en adelante, **BGB**) es uno de los pocos códigos que adopta la división en «Parte General» (el primer libro) y «Parte Especial» (libros segundo, tercero, cuarto y quinto). Se divide en seis (5) libros: (i) Parte General, (ii) Derecho de las Relaciones Obligatorias, (iii) Derecho de Cosas, (iv) Derecho de Familia (v) Derecho de Sucesiones.

Las primeras estipulaciones asociadas a la categoría de derechos reales se encuentran en la Sección Tercera<sup>91</sup> del Libro Primero referida a los negocios jurídicos, específicamente en las normas sobre las prohibiciones legales de disponer:

#### § 137 Prohibición de disponer negocial

La facultad de disposición sobre un derecho enajenable no puede ser excluida o limitada mediante un negocio jurídico. Esta disposición no afecta la eficacia de la obligación de no disponer de un derecho de este tipo.

Al respecto, si bien es cierto que la facultad de disposición de un derecho real no forma parte de su contenido<sup>92</sup>, la exclusión o limitación a la disposición de un derecho real representaría un límite a la «flexibilización del tipo» que proponemos. Es decir, todo aquel negocio jurídico encaminado a limitar la libre disposición (parcial o temporalmente) de un derecho real no constituirá una forma flexibilizada del tipo —como vimos anteriormente—, sino que será un

<sup>91</sup> No consideramos pertinentes abordar las normas de la Sección Segunda referida a las cosas y los animales, toda vez que estos no forman parte del contenido en sí del derecho real, sino son aquel ámbito de la realidad sobre los cuales recae el derecho. Así, el predio no se llega a identificar —como sí lo era en el Derecho romano— con el derecho de propiedad. Siguiendo esta premisa, esa sección no contendría las normas que regulan el contenido del tipo de un derecho real.

<sup>92</sup> «En efecto, como lo ha notado magistralmente Thon, la facultad de disposición del derecho subjetivo no puede formar parte de este último, desde que una cosa es lo que ocasiona la transferencia de un objeto (facultad de disposición) y otra muy distinta el objeto materia de tal transferencia (el derecho subjetivo —en este caso, el derecho de propiedad—)» (Escobar 2002: 234).

pacto contrario a las normas de libre circulación que inspiran al ordenamiento jurídico alemán y el peruano, por lo tanto, este tipo de limitación devendrían en nulas. Esta disposición rige para todos los negocios que versen sobre derechos reales.

El Libro Tercero referido al «Derecho de Cosas» inicia con las normas sobre la posesión y continúa con las «disposiciones generales relativas a derechos sobre fincas». Detengámonos en estas últimas, puesto que sería aquella sección que regularía la categoría de derechos reales (en general), pero aplicado a los derechos reales sobre fincas. Estas normas, establecidas en la Sección Segunda, están referidas a la forma de adquisición, extinción y modificaciones de derecho sobre fincas; así como la relación, modificación y reserva de rango cuando existen varios derechos, entre otras disposiciones.

Sobre la adquisición mediante acuerdo, se señala lo siguiente:

#### **§ 873 Adquisición mediante acuerdo e inscripción**

(1) Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de uno de éstos se requiere el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación jurídica en el registro inmobiliario, salvo que la ley establezca otra cosa.

Este párrafo está referido al «acuerdo real» aquel que produce la adquisición de un derecho real (propiedad u otro derecho real que importe un «gravamen» sobre la finca). De esta forma se establece una forma general de adquisición de derechos reales sobre fincas. En nuestro ordenamiento, las estipulaciones para la transferencia de derechos sobre bienes inmuebles se encuentran contenidas en el Artículo 949, no obstante, esta regula en la parte relativa al derecho de propiedad, por lo que se mantiene la duda si esta aplica también para las otras transferencias de derechos reales.

Otros de los párrafos aplicable de forma general para todos los derechos reales, sería el relativo a la extinción de estos cuando recaen sobre bienes:

#### **§ 875 Extinción de un derecho**

(1) Para la extinción de un derecho sobre una finca se requiere la declaración del titular sobre su abandono y su cancelación en el registro inmobiliario [...]

En nuestro ordenamiento, las estipulaciones sobre extinción de derechos reales se regulan de forma particular para cada derecho y pueden ser diversas, en tanto se producen fuera del registro (artículos 968 [extinción de la propiedad], 1021 [extinción del usufructo], 1034 [extinción de la superficie] y 1049 y 1050 [extinción de la servidumbre]).

De otra parte, resultaría de mucha utilidad para nuestro ordenamiento jurídico la aplicación analógica de las normas relativas a la usucapión como lo establece el BGB:

#### **§ 900 Usucapión tabular**

(1) Quien está inscrito en el registro inmobiliario como propietario de una finca, sin haber obtenido la propiedad adquiere la propiedad si la inscripción ha subsistido durante treinta años y si durante ese tiempo ha poseído la finca en concepto de dueño. El plazo de treinta años se computa de la misma manera que el plazo de usucapión de una cosa mueble [...]

(2) Estas disposiciones se aplican por analogía si consta inscrito a nombre de alguien otro derecho que no le pertenece y éste le autoriza a poseer la finca o cuyo ejercicio está protegido según las disposiciones legales aplicables a la posesión [...]

### § 1033 Adquisición mediante usucapión

El usufructo de una cosa mueble puede adquirirse mediante usucapión. Las disposiciones aplicables a la adquisición de la propiedad mediante usucapión se aplican por analogía.

La técnica legislativa del BGB suele ser superior a otros códigos civiles en tanto que prevé formas de aplicación analógicas de unas secciones a otras, incluso en algunos casos se detalla exhaustivamente cuáles son los párrafos que aplican de una institución a otra como ocurre con la habitación y el usufructo (§ 1093).

Esto suele ser criticado también porque hace de un código civil (dirigido al pueblo) una herramienta técnica. Sin embargo, con disposiciones como las enunciadas anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico podríamos resolver cuestiones relacionadas con la viabilidad de la usucapión del usufructo o del derecho de superficie.

De forma conclusiva, podemos afirmar que el BGB —con una sistematización y extensión menor a la del CC argentino— regula de forma general la forma de adquisición, extinción y modificaciones de derecho reales sobre fincas; la relación, modificación y reserva de rango cuando existen varios derechos también; la usucapión tabular; extinción de derechos no inscritos; e, imprescriptibilidad de derechos inscritos. Asimismo, incorpora como derechos reales, los derechos de adquisición preferente y las cargas reales o derechos reales *in faciendo*.

A nuestro parecer, esta resulta la forma más acertada de regular las cuestiones «generales» a todos los derechos reales, más aún si, como los derechos reales, constituyen una categoría general abstracta que se regula a través de tipos lo suficientemente abiertos para su modificación. No obstante, nuestro Código Civil ha optado por una regulación particular y específica, dejando muchas veces vacíos de los cuáles el propio código no brinda herramientas para los operadores jurídicos.

#### 5.1.3. Código Civil de Bolivia

El Código Civil de Bolivia (en adelante, **CC boliviano**) se divide en cinco (5) libros: (i) De las Personas, (ii) De los Bienes, de la Propiedad y de los Derechos Reales sobre la Cosa Ajena, (iii) De las Obligaciones, (iv) De las Sucesiones por Causa de Muerte, (v) Del Ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos.

Este Código fue aprobado y promulgado mediante Decreto Ley N.º 12760 de fecha 6 de agosto de 1975, sin embargo, su vigencia inició a partir del 2 de abril de 1976. Asimismo, el CC boliviano derogó el Código Civil de Santa Cruz, el cual fue promulgado por Decreto Supremo del 28 de octubre de 1830 y puesto en vigencia el 2 de abril de 1831.

El Libro Segundo del CC boliviano inicia con las disposiciones relativas a la noción y división de los bienes, la definición de frutos y la distinción de los bienes en relación con sus titulares. En este último caso distingue entre los bienes del Estado y de las personas particulares, sean estas individuales o colectivas.

El segundo título está referido a la posesión. El tercer, cuarto y quinto título regulan la propiedad (Título III), el usufructo, el uso y la habitación (Título IV) y las servidumbres (Título V). La propiedad horizontal se regula como forma de copropiedad (Artículo 184 y sig.), mientras que el derecho a construir y la superficie se regulan como formas de la

propiedad del sobre suelo y de la propiedad separada del subsuelo (Artículo 201 y sig.). En ese sentido, no son propiamente derechos reales «independientes» —como lo son en el CC argentino—, sino formas dentro de la propiedad.

Cabe mencionar que la hipoteca, la anticresis y la prenda no se regulan dentro del Libro Segundo, sino dentro del Libro Quinto (Del Ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos) y dentro del Título II (De la Garantía Patrimonial de los Derechos), por lo que no son considerados derechos reales, sin embargo, se las dota de una eficacia similar mediante la inscripción en el Registro de los derechos reales (Artículo 1540).

La tutela de los derechos reales también se regula dentro del Libro Quinto, en el Título III (De la Protección Jurisdiccional de los Derechos y de la Posesión). En el Capítulo II se regula las acciones de defensa de la propiedad y las servidumbres. De esta manera también se distingue el mecanismo de tutela del derecho, del derecho en sí.

Resulta de relevancia para nuestra investigación el Artículo 81 del CC boliviano el cual indica lo siguiente:

Las disposiciones relativas a los bienes inmuebles se aplican a los Derechos Reales sobre inmuebles y a las acciones que les corresponden. Respecto a otros derechos y acciones, así como acciones o cuotas de participación en las sociedades, se aplican las disposiciones sobre los bienes muebles.

El Artículo 81 establece una regla general que se aplica de forma supletoria («parte general») a todos los derechos reales sobre bienes inmuebles. Bajo esta lógica, el Artículo 81 es una norma que tiene los rasgos de conceptualización de los derechos reales como una categoría, es decir, como un conjunto orgánico que debe contar con un conjunto de normas de aplicación general.

El criterio de distinción se centra en la condición del bien sobre el cual recae el derecho. En este caso, las disposiciones sobre bienes inmuebles se aplican de forma supletoria a los derechos reales y a las acciones derivadas de esta; en el caso las disposiciones versen sobre bienes muebles, estas se aplicarán de forma supletoria a los otros derechos (no reales) y acciones.

Como se advierte, la disciplina que se aplica de forma supletoria no es la relativa a la regulación (nacimiento, adquisición, extinción, oponibilidad, etc.) del derecho real, sino a la disciplina de los bienes inmuebles. Con lo cual, si bien hay un rasgo característico de categorización de los derechos reales, las normas que se aplican de forma supletoria son las relativas a los bienes (divisiones, características, frutos, fungibilidad, [in]divisibilidad, entre otros), es decir, al objeto de los derechos reales y no a esta categoría propiamente.

El Artículo 87<sup>93</sup> que contiene la definición de posesión indica lo siguiente:

1. La posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa mediante actos que denotan la intención de tener sobre ella el derecho de propiedad u otro derecho real.
2. Una persona posee por sí misma o por medio de otra que tiene la detentación de la cosa.

---

<sup>93</sup> Similar al Artículo 1140 del Código Civil italiano.

La posesión se define como la exteriorización del ejercicio del derecho de propiedad u otro derecho real, por lo que aquella no solo es exclusiva del derecho de propiedad. Como situación de hecho resulta complicado poder distinguir si se posee como un propietario o un usufructuario, no obstante, la intención (sea de un propietario o un usufructuario) será determinante para la adquisición de un derecho real, sea por prescripción adquisitiva o por protección por actuación sobre la base de una apariencia como veremos más adelante.

Este artículo vincula la posesión a los demás derechos reales como expresión de este y, al mismo tiempo, destaca su condición de poder de hecho, eliminando cualquier duda sobre su condición de derecho real. El Artículo 87 destaca la condición transversal de la posesión en relación con todos los derechos reales y presenta a aquella claramente distinta de estos. Sin duda es un artículo que presenta un rasgo de la visión sistémica y ordenada de la categoría de los derechos reales.

El Artículo 101<sup>94</sup> del Título II referido a la posesión regula lo relativo a la adquisición de la propiedad *a non domino*:

1. La persona a la que se transfieren por quien no es el propietario bienes muebles corporales, adquiere la propiedad de ellos mediante la posesión de buena fe.
2. En igual forma se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda cuando se establecen por el que no es propietario.

Como se puede notar de la lectura del Numeral 2, la adquisición *a non domino* no solo aplica a la transferencia de la propiedad, sino que también rige para los derechos de usufructo, uso y prenda cuando se establezcan por quien no es propietario. En consecuencia, el legítimo propietario deberá soportar el ejercicio de los derechos reales menores hasta su culminación.

Con esto se consolida una regla en los derechos reales destinada a la protección del que actúa amparado en una apariencia generada por la posesión, exteriorización no solo de la propiedad, sino también de los derechos reales que confieren el uso.

Los artículos 172, 199 y 216 establecen la aplicación supletoria de las normas sobre copropiedad, inscripción de la propiedad horizontal y usucapión de la propiedad, respectivamente. Similar regla se encuentra en el Artículo 222, referido a la aplicación supletoria de los artículos 83 y 84 sobre los frutos civiles y naturales. Asimismo, el Artículo 254 indica que las disposiciones concernientes al usufructo se aplican al uso y a la habitación. El Artículo 279, en relación con las servidumbres aparentes, señala que estas se adquieren en las condiciones establecidas para la propiedad de los bienes inmuebles.

En el caso de estos seis últimos artículos, las reglas hacen referencia a la aplicación supletoria de normas de la propiedad, del usufructo o de los bienes, por tanto, no hacen referencia a la categoría de los derechos reales. En esa línea, podemos hacer una distinción entre las normas supletorias de la parte referida a los bienes y las específicas de un derecho real (generalmente, la propiedad), de aquellas normas supletorias referidas a la categoría de los derechos reales.

Por último, el CC boliviano no establece una regla de tipicidad en torno a cuáles son los derechos reales, sin embargo, el Capítulo III (Del Registro de los Derechos Reales) nos da

---

<sup>94</sup> Semejante al Artículo 1153 del Código Civil italiano.

una idea de cuáles son los derechos reales, en tanto que (en caso recaigan sobre bienes inmuebles) el Artículo 1540 enumera una lista de los derechos sujetos a publicidad. Esto se refuerza con el Artículo 1538:

- I. Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público según la forma prevista por este Código.
- II. La publicidad se adquiere mediante la inscripción del título que origina el derecho en el registro de los derechos reales.
- III. Los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles, y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.

Por tanto, el CC boliviano no establece de forma expresa una lista de los derechos reales (propiamente, un *numerus clausus*), sin embargo, por una interpretación sistemática de las normas registrales se puede concluir que los derechos reales son aquellos establecidos en el Artículo 1540.

De lo anterior podemos extraer dos conclusiones sobre el CC boliviano:

- (i) Los Artículos 81, 87 y 101 contienen rasgos característicos de la categorización de los derechos reales, dado que establecen criterios para una integración normativa en atención la condición de derecho real.
- (ii) No se regula de forma expresa la tipicidad de los derechos reales, es decir, no existe una lista taxativa en la que se haga una reserva legal para la creación de nuevos derechos reales, ni de su configuración interna. No obstante, de la revisión de las normas registrales, podemos deducir cuáles serían los derechos dotados de condición de «real».

#### 5.1.4. Código Civil de Brasil

El Código Civil de Brasil (en adelante, **CC brasileño**) sigue la bipartición de «Parte General» y «Parte Especial» del Código Civil alemán, incluso presente en el «Esbozo de Freitas» (Mendoza 2013: 18-19). La Parte General se divide en tres (3) libros: (i) De las Personas, (ii) De los Bienes y (iii) De los hechos Jurídicos; a su vez, la Parte Especial se divide en cinco (5): (i) Del Derecho de las Obligaciones, (ii) Del Derecho de la Empresa, (iii) Del Derecho de las Cosas, (iv) Del Derecho de Familia y (v) Del Derecho de Sucesiones.

El Libro Tercero del CC brasileño de 2002 inicia con las normas relativas a la posesión (Título I). En el Artículo 1196 se define a la posesión se la siguiente manera: «Se considera poseedor todo aquel que tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de alguno de los poderes inherentes a la propiedad.» Como se observa, se omite toda mención a la posesión como exteriorización del ejercicio de un derecho real en general y solo se la reduce a la propiedad. Esta idea se reafirma en el Artículo 1204.

El Capítulo Único del Título II contiene los Artículos 1225, 1226 y 1227, los cuales establecen las disposiciones generales aplicables a todos los derechos reales:

**Artículo 1225.** Son derechos reales:

- (i) La propiedad



- (ii) La superficie
- (iii) Las servidumbres
- (iv) El usufructo
- (v) El uso
- (vi) La habitación
- (vii) El derecho del promitente comprador de inmueble
- (viii) La prenda
- (ix) La hipoteca
- (x) La anticresis
- (xi) La concesión de uso especial para fines de morada
- (xii) La concesión de un derecho real de uso

**Artículo 1226.** Los derechos reales sobre cosas móviles, cuando constituidos, o transmitidos por pactos entre vivos, solo se adquieren con la tradición.

**Artículo 1227.** Los derechos reales sobre inmuebles constituidos, o transmitidos por actos entre vivos, solo se adquieren con el registro en la oficina de registro de inmuebles de dichos títulos (arts. 1245 a 1247), salvo los casos expresados en este código.

De esta manera el CC brasileño dedica solo tres artículos dedicados a las disposiciones comunes sobre los derechos reales. Se establece una enumeración extensa de los doce derechos reales regulados en el Libro Tercero, así como la forma de constitución o transmisión de aquellos, dependiendo si el derecho recae sobre bien mueble o inmueble.

Sobre las menciones a los derechos reales, el Artículo 1359 establece que una vez «resuelta la propiedad», se por cumplimiento de la condición o del plazo, se entenderán también «resueltos» los derechos reales que se hubieran concedido. Asimismo, el Artículo 1474 establece que, frente a la hipoteca, subsisten las cargas reales constituidas y registradas ante de la hipoteca en el mismo inmueble.

Por su parte, las referencias del Libro Segundo (sobre Los Bienes) a los derechos reales es también escueta. El Artículo 80 establece que se consideran como inmuebles los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que lo aseguran [*as ações que os asseguram*]; a su vez, el Artículo 81, que son muebles los derechos reales sobre los objetos muebles y las acciones que le correspondan.

El Libro Tercero (Los Hechos Jurídicos) indica en su Artículo 108 que la escritura pública es esencial para la validez de los negocios jurídicos que se refieren a la constitución, transferencia, modificación o renuncia de derechos reales sobre inmuebles de valor superior a treinta veces el salario mínimo. Mientras que el Artículo 958 del Título X del Libro Primero (Del Derecho de Obligaciones) establece que los títulos legales de preferencia son los privilegios y los derechos reales, dotando de una mayor eficacia a estos.

Las disposiciones anteriormente citadas no refieren a la estructura de los derechos reales como una categoría. Aquellas están encaminadas a desencadenar determinados efectos conexos a los derechos reales como la calificación jurídica de los bienes que son objetos de derechos reales o de la formalidad con la que debe contar (bajo sanción de nulidad por invalidez) los negocios jurídicos que tengan por objeto derechos reales.

Las normas sobre el contenido de los derechos reales se regulan de forma específica en cada uno de ellos, no existiendo disposiciones comunes sobre la adquisición de estos por

prescripción, la condición de transmisibles de estos o los casos de extinción. En relación con la tipicidad, el CC brasileño no contiene una norma expresa que proscriba la creación de nuevos tipos, así como la modificación del contenido o la estructura de los derechos reales.

#### 5.1.5. Código Civil de Chile

El Código Civil de Chile (en adelante, **CC chileno**) se divide en cuatro (4) libros: (i) De las Personas; (ii) De los Bienes, y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce; (iii) De la Sucesión por Causa de Muerte, y de las Donaciones entre Vivos; y, (iv) De las Obligaciones en General y de los Contratos.

El CC chileno conocido también como Código de Andrés Bello en honor a su redactor. Fue promulgado por la Ley de 14 de diciembre de 1855 y entró en vigor el 1 de enero de 1857. Es uno de los códigos con mayor influencia en América Latina como se observa de líneas abajo. Para la presente investigación se ha tomado en cuenta el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil y otras leyes, promulgado por el Decreto con Fuerza de Ley 1 del 30 de mayo de 2000.

En relación con la categoría de los derechos reales, el CC chileno carece de un conjunto de artículos destinados a regular las disposiciones sobre esta categoría, es decir, no cuenta con unas «disposiciones generales» sobre los derechos reales, con lo cual, de entrada, podemos renunciar a encontrar algún tipo de sistematización u orden sobre la base de esta categoría. La definición de derecho real se encuentra en el párrafo 2 (Sobre las cosas incorporales) dentro del Título I (De las Varias Clases de Bienes) y muchas de las reglas aplicables a los «otros derechos reales» se toman de aquellas que aplican a la propiedad.

El Artículo 576 señala que: «Las cosas incorporales son derechos reales o personales». Asimismo, el Artículo 577 define y enumera los derechos reales:

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.  
Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

De estos artículos tenemos que la primera asociación de los derechos reales se vincula a su consideración como cosa incorporal, sin embargo, esto escapa al ámbito del contenido o estructura del derecho real, toda vez que se refiere al objeto sobre el cual recae este. Semejante consideración hacemos de las acciones reales que, si bien son consecuencias jurídicas referidas a la categoría de los derechos reales, estas son ajenas a la estructura o contenido del derecho asociado a la tipicidad, sino más son formas de tutela del derecho, por tanto, ajenas este.

Cosa importante es la definición que se brinda del derecho real, no solo por brindar una definición del derecho, sino por adscribirse a una postura que desvincula al derecho real de otra persona distinta del titular. Adicionalmente, se enumeran ocho derechos reales entre los cuales se incorpora la herencia; por lo que en materia de tipicidad se adscribe al *numerus clausus*.

Los Artículos 670, 687, 693 y 891 establecen las reglas de tradición y constitución del dominio y su aplicación supletoria para los otros derechos reales:

Art. 670. [...] Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

Art. 687. La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales mencionados en el artículo precedente, se hará en el Registro Conservatorio del territorio en que esté situado el inmueble y si éste por situación pertenece a varios territorios, deberá hacerse la inscripción en el Registro de cada uno de ellos.

Art. 693. [...] Se sujetarán a la misma regla la constitución o transferencia por acto entre vivos de los otros derechos reales mencionados en los artículos precedentes, y que se refieren a inmuebles no inscritos.

Art. 891. Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia.

Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata el Libro III.

Art. 916. Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.

Art. 2498. Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.  
Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

Art. 2505. Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

Art. 2512. Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas [...]

Art. 2513. La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.

Los referidos artículos establecen la regla integración de las normas sobre la propiedad hacia los otros derechos reales. Como es habitual en la codificación, la construcción del contenido de los derechos reales se elabora a partir de las normas de propiedad, en ese sentido, la categoría de derechos reales se identifica con la propiedad en lo que se refiere a las reglas generales de dicha categoría. Esta es una visión que proponemos replantear.

Especial atención merecen los Artículos 916, 2505 y 2513 en los cuales se hace referencia a los bienes raíces (objeto de los derechos reales) como una categoría similar a los derechos reales. En ese sentido, habría una confusión entre el objeto de un derecho real con esta categoría abstractamente considerada.

Otras referencias «asistemáticas» a los derechos reales las encontramos en el Artículo 9 (sobre las inoponibilidad de los derechos reales a los créditos alimenticios), el Artículo 94 (reglas aplicables a la «rescisión» del decreto de posesión), Artículo 697 (sobre las inscripciones de los derechos reales entre la vigencia de ambos códigos), el Artículo 718 (la subsistencia de los derechos reales con que se hubieran gravado bienes indivisos al momento de su enajenación), Artículo 1895 (obligación del vendedor de sanear la propiedad de hipotecas u otros derechos reales), Artículo 2438 (inoponibilidad de la anticresis a derechos reales

constituidos con anterioridad), los Artículos 2466 y 2483 (sobre la prelación de los créditos).

En suma, el CC chileno presenta un arquetipo basado en la propiedad. Bajo este modelo, la propiedad se identifica con la categoría de derecho real, aplicándose de forma analógica las reglas de aquella a todos los otros derechos reales. Por lo tanto, se omiten todas aquellas «disposiciones generales» aplicables a los derechos reales. No obstante, encontramos una regla de tipicidad en la enumeración de los derechos reales.

#### 5.1.6. Código Civil de España

El Código Civil de España (en adelante, CC español) se divide en un (1) extenso Título Preliminar y cuatro (4) libros: (i) De las Personas, (ii) De los Bienes, de la Propiedad y sus Modificaciones, (iii) De los Diferentes Modos de adquirir la Propiedad, (iv) De las Obligaciones y Contratos. De matriz francesa, regula los derechos reales en su libro segundo.

Las primeras disposiciones regulan el régimen de los bienes (clasificación, pertenencia y calificación jurídica), luego la propiedad, la posesión, el usufructo, el uso y la habitación (estos tres últimos en un solo título) y, por último, las servidumbres. Los artículos regulan de forma específica cada figura sin ánimos de construir una categoría jurídica general como se observa en los códigos civiles más cercanos al BGB.

No obstante, se contempla la aplicación supletoria de las normas relativas al usufructo para llenar los vacíos que se pudieran presentar en el capítulo referido al uso y la habitación:

**Artículo 528.-** Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.

**Artículo 529.-** Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación.

En el Libro Tercero «De los Diferentes Modos de adquirir la Propiedad» contempla algunas otras estipulaciones de aplicación general a todos los derechos reales vía analogía de las normas dispuestas para la propiedad:

**Artículo 609.-** La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

#### 5.1.7. Código Civil de Francia

El Código Civil de Francia (en adelante, CC francés) es el que mayor circulación (sea por prestigio o imposición) ha tenido. Se divide en cinco (5) libros: (i) De las Personas, (ii) De los bienes y de las diferentes modificaciones de la Propiedad, (iii) De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad, (iv) De las Garantías (introducido en el 2004), (v) Disposiciones aplicables en Mayotte.

La técnica legislativa del CC francés en materia de derechos reales es ampliamente conocida en influyente. Renuente a describir una categoría general de los derechos reales, se enfoca en la regulación de la propiedad, a partir de la cual se «desmiembran» los otros derechos reales. Son escasas las disposiciones aplicables a todos los «derechos sobre bienes».

En relación con las normas de aplicación supletoria, son similares a las que tomara de este código el CC español, a saber:

**Artículo 625.-** Los derechos de uso y habitación se establecen y se extinguen por las mismas causas que el usufructo.

**Artículo 626.-** Como en el caso del usufructo, no se puede disfrutar de ellos sin prestar previamente fianza y sin formar estados e inventarios.

El CC francés incluso posee un menor número de artículos referidos a la comprensión de los derechos reales como un conjunto en comparación con el CC español. Se debe tener presente esto, pues, muchos de los códigos civiles latinoamericanos adoptaron como referencia el CC francés.

En parte, esto explicaría el poco interés del codificador de regular a través de normas y disposiciones generales que permitan abordar el problema de vacíos en los derechos reales desde una óptica más sistémica. Basta con ver el actual CC argentino para ver una progresividad y tendencia hacia los modelos que, influenciados por el modelo alemán, tienden hacia la adopción de categorías y disposiciones generales.

## **5.2. Asociaciones y agrupaciones de los códigos civiles: Según la estructura del libro que regula los derechos reales**

Gianmaria Ajani, comparatista italiano y discípulo de Rodolfo Sacco, postula que dentro de los factores del trasplante de las normas se encuentran los siguientes: la voluntad de recepción plenamente libre, voluntad condicionada por el proyecto de reformar el Derecho para formar parte de convenciones, organismos internacionales, etc., estándares técnicos, fuerza militar, coerción económica y mayor migración (Ajani 2010: 73). Estos factores pueden ser concurrentes, presentarse en mayor o menor medida uno u otro, pueden variar en el tiempo, en el sentido que, por un período de tiempo prime uno sobre otro.

Sea cual fuere el motivo la «circulación» o «trasplante» de modelos jurídicos, este se expresa a través y en los distintos formantes jurídicos que hace compatibles a los ordenamientos jurídicos a pesar de su sujeción a un territorio.

En este trabajo hemos puesto especial atención en la estructura del libro que regula los derechos reales, la agrupación de distintos fenómenos apropiativos desarrollados en el *civil law*. El dato normativo, sin duda, no brinda una información acabada y completa del fenómeno que interesa a la comparación jurídica; sin embargo, nos brinda una primera e importante aproximación a cómo se ha desarrollado la categoría de los derechos reales en parte de Europa y Latinoamérica.

Por ello, en este apartado trataremos de asociar y agrupar —no sin cierta arbitrariedad— los principales códigos civiles latinoamericanos. Para esta asociación y agrupación nos basamos en la estructura del libro que regula los derechos reales.

### **5.2.1. El modelo de influencia francesa: Francia, España, Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Puerto Rico, Estado de México y Bolivia**

El primer grupo y de mayor influencia corresponde al modelo francés. Este primer grupo se caracteriza por presentar una estructura en la cual resulta predominante la figura de la propiedad, siendo mucho menores los artículos que se destinan a los otros derechos reales. No se regula a los derechos reales como una categoría general.

También presenta una presencia de la regulación de los bienes dentro de la norma referido a los derechos reales. Esto es, se suele destinar la regulación de los derechos reales en el libro de «los bienes, las propiedades y sus distintas modificaciones». Es una regulación bastante específica de cada tipo y presenta un reducido número de figuras de derechos reales «menores». En ese sentido, presenta una técnica legislativa bastante básica y sencilla, asistemática y concreta, exenta de conceptos generales y abstractos.

### **5.2.2. El modelo de influencia italiana: Italia, Cuba, Estados Unidos Mexicanos (Federal), Guatemala y Perú**

El segundo grupo no se aleja del todo del modelo francés, sin embargo, presenta ciertos matices que los distingue del anterior. En este grupo encontramos los códigos civiles que contemplan —aunque sean breves— disposiciones generales al libro que regula los derechos reales, es decir, se contemplan algunas disposiciones comunes.

En este grupo también se comienzan a regular nuevos derechos reales como el de superficie, enfiteusis, derechos de autor, se incorporan a los derechos reales de garantía, y se emplea con alguna mayor referencia el término de «derechos reales».

Este grupo representa un avance hacia la sistematización de la categoría de los derechos reales, pero aún se encuentra fuertemente influido por el modelo francés, en parte, por la influencia de este, la academia francesa de inicio del siglo XX traducida al español a mediados de este siglo, además de los manuales y textos españoles.

### **5.2.3. El modelo de influencia chilena: Chile, Colombia, El Salvador, Panamá, Ecuador, Honduras y Paraguay**

El modelo de Bello fue uno de los más influyentes de la región y este no podía estar ausente en la estructura de los libros destinados a los derechos reales. Con gran certeza podemos afirmar que es de fuerte «admiración» en los países que lo adoptan al punto de, como el CC colombiano, calcarlo casi en su totalidad.

De influencia francesa, presenta rasgos de autenticidad en la forma de tutela específica de los derechos reales. Esto es, se describe con detalle la reivindicación, las cosas que se pueden reivindicar, contra quiénes se ejerce esta reivindicación, también se desarrollan las acciones posesorias con gran detalle.

Además, la ocupación, la accesión y la tradición se regulan en títulos distintos del dedicado al dominio, tratando de exteriorizar cierta generalidad de estas reglas, pero sigue siendo preponderante la figura de la propiedad al momento de regular.

#### **5.2.4. Los modelos de Costa Rica y Nicaragua**

En toda clasificación, se presentan casos que son poco claros de agrupar en otros grupos más grandes. Esto sucede con los códigos civiles de Costa Rica y Nicaragua, los cuales presentan rasgos característicos.

En principio, regulan la parte referida a los derechos reales de manera bastante extensa. Esto se debe a que «juntan» dos libros que suelen estar separados «los bienes, la propiedad y sus modificaciones» con «los distintos modos de adquirir la propiedad», en el que se suele regular las donaciones y las sucesiones (íntestadas y testamentarias). Asimismo, se ha optado por regular el libro dedicado a los Registros Públicos, las acciones reales, incluso la fuerza de trabajo.

Como técnica legislativa, desaconsejamos un libro de derechos reales que sea tan extenso en el cual confluyen instituciones un tanto disímiles como los testamentos, la posesión, la cancelación de inscripciones, el registro de personas naturales y jurídicas, entre otras.

#### **5.2.5. El modelo de la categorización de los derechos reales: Alemania, Brasil y Argentina**

Por último, tenemos aquellos códigos civiles que regulan los derechos reales como una categoría general a la cual le dedican disposiciones propias y generales. Se caracterizan por la dedicación de un título expreso a esta categoría. También se suele regular de forma independiente y aparte a la posesión, no otorgándole la «calidad» de derecho real.

Se opta por una sistemática mayor, criterios de interpretación e integración frente a vacíos. Remisión a normas de una «parte general», antes que la sobrerregulación específica de cada tipo de derecho real, sin dejar por ello una minuciosa regulación. En adición, se regula un gran número de tipos de derechos reales y se dota de gran especificidad a estos. Esta forma de regular la categoría de los derechos reales se aleja en gran medida del modelo francés.

Consideramos que este modelo es el más acertado para explicar y justificar la categoría de los derechos reales como un concepto general que engloba distintos «tipos jurídicos estructurales», es decir, una tipicidad; y dentro de la cual existe una regla de flexibilidad/fijación aplicable a los distintos tipos con los alcances y límites anteriormente expuesto. Asimismo, permite reforzar la regla del *numerus clausus* dentro del ordenamiento jurídico al reservar la creación de los distintos tipos a la actividad del legislador.

## CONCLUSIONES

Como producto de la presente investigación se arriba a las siguientes conclusiones:

### Capítulo I

- La categoría de los derechos reales tiene una *vocación* ordenante de aquellas situaciones jurídicas pertenecientes a (ese gran grupo de) los derechos patrimoniales consolidada en el Derecho racionalista de los siglos XVII y XVIII, y cuyas bases se remontan a la Baja Edad Media. Este Derecho racionalista surge como expresión de una época «matemática» dominada por las ciencias naturales, en la cual se busca una imagen unitaria y nomotética de la sociedad, comprensible por la mera utilización de la razón exenta de autoridades y sólo determinada por axiomas y expresada en un sistema científico.
- El Derecho racionalista moderno contribuyó con rasgos nuevos (los sistemáticos y metódicos: el nuevo método dogmático) a la cultura de Derecho privado europeo de los siglos posteriores, emancipando al Derecho de todo rezago de una teología moral hacia una filosofía social (a menudo, expresada en una ética del espíritu de su tiempo). El Derecho racionalista liberó a la ciencia jurídica europea de su vinculación a las fuentes del Derecho romano (en algunos casos, exaltándose las instituciones jurídicas alemanas), y a las autoridades científicas de la sujeción a la antigua jurisprudencia, y le ofreció la posibilidad de construir libremente un sistema con su convicción en un plano metafísico general del Derecho.
- El acierto de un sistema y su demostración lógica se convertía en un requisito necesario para la solidez de un axioma. En ese sentido, se enseñoreó la ciencia del Derecho positivo en los siglos posteriores, lo cual facilitó el sistema lógico y cerrado que domina en los códigos y las exposiciones académicas. Este sistema, consecuentemente, aprecia aquellos conceptos generales (por ejemplo, una teoría general del contrato, del negocio jurídico o de la declaración de voluntad) que demuestran sólidamente los axiomas que sustentan la razón del derecho positivo.
- La ordenación de los derechos patrimoniales y, lo que es aún más importante, la distinción entre un derecho real «pleno» y otro «menos pleno» es la base sobre la cual se construyen los derechos reales como categoría ordenante. Atendiendo a ello, los «derechos reales» no era una noción solo antitética de los «derechos personales», aquellos se muestran como una categoría que comienza a abordar otros tantos derechos en atención a la «plenitud» del derecho, en otras palabras, a partir del dominio.
- La categoría tiene una *vocación* ordenante de la realidad jurídica sustentada en la previsión normativa de un conjunto de figuras que tienen en común la denominación de derechos reales; por ello sostenemos que resulta indiferente definir los derechos reales, es decir, dotarlos de un contenido que delimite sus alcances a nivel meramente conceptual. Luego, aquello realmente relevante será identificar las figuras que se asemejarán al arquetipo ideal y, consecuentemente, determinar las reglas jurídicas que le serán aplicables, esto es, su contenido normativo. La identificación se logra a través



de la adopción de una regla del *numerus clausus* y, la determinación de las reglas jurídicas, a través de la *tipicidad*.

- La *vocación* ordenante en los derechos reales motivó una inclinación por el *numerus clausus* dentro esta categoría. *Numerus clausus* en el sentido de que la ley admite como derechos reales únicamente los que ella misma instituye, por lo que esta regla es estrechamente cercana al fenómeno de la categorización o de la ordenación de distintas situaciones jurídicas prototípicas de la propiedad privada occidental y posfeudal.
- Si bien la comprensión de la categoría de los derechos reales como un *numerus clausus* no es exclusivo del desarrollo jurídico del siglo XX (ni del *civil law*), no es menos cierto que en esta época alcanzó una plena aceptación en la academia que no escatimó en resaltar sus virtudes. La concepción del *numerus clausus* en los derechos reales expresa la existencia a un límite legal (una reserva legal) a la creación de nuevos tipos en los derechos reales.
- Este discurso ha sido mantenido y, sin duda, es el de mayor aceptación en nuestra tradición jurídica occidental, esto es, el de una liberalización de la propiedad. La política legislativa en relación con los derechos reales, en consecuencia, busca favorecer su libre circulación. Por ello, la defensa del *numerus clausus* también ha sido motivada en aquel temor de una propiedad fragmentaria y extremadamente gravada rezagada en la Baja Edad Media.
- A partir de esta regla se desarrolla una noción de «tipicidad» que se agota en el *numerus clausus*, llegando a identificarse con esta regla. Es decir, se considera la regla del *numerus clausus* como «tipicidad». Discrepamos de esta identificación conceptual.
- La asimilación de la «tipicidad» con el *numerus clausus* resulta poco apropiado porque en ella se confunde la determinación del contenido del tipo del derecho real («tipo jurídico-estructural») con la fuente de este derecho (que puede ser creado por autonomía privada o norma jurídica estatal). A manera de ejemplo de esta disociación conceptual, tenemos que en el ordenamiento jurídico español se adopta una regla de *numerus apertus*, sin embargo, en el código civil establece la configuración de varios *tipos* de derechos reales.

## Capítulo II

- La figura de los *property rights* en el *common law* también son regidos bajo una regla de *numerus clausus* que ha sido reconocida desde hace mucho por los tribunales. Los *property rights* se comportan de manera análoga a los derechos reales, en el sentido que buscan agrupar un conjunto de figuras que tienen como elemento prototípico el régimen de la propiedad privada y que se caracterizan por atribuir *rights* (o determinados *interests*) que conceden el acceso y el control sobre recursos escasos. Sin embargo, no deben ser entendidas ambas (*property rights* y derechos reales) como categorías idénticas.
- La comparación del comportamiento de la regla del *numerus clausus* tanto en el *civil law* como en el *common law*, esto es, tanto en los derechos reales como en los *property rights*

nos permite identificar la utilidad práctica de esta regla dentro de un ordenamiento jurídico, permitiendo su extrapolación al nuestro.

- La teoría de la limitación a la propiedad y la teoría de la ley fundamental de entropía postulan que el *numerus clausus* tiene por finalidad evitar la excesiva fragmentación de la propiedad. En consecuencia, la regla del *numerus clausus* opera como un mecanismo *ex ante* destinado a evitar una tragedia de los anticomunes, y el consecuente sub-aprovechamiento de los recursos, producida por la excesiva e ineficiente fragmentación de la propiedad. La ineficiencia se explica en dos situaciones: la reunificación *ex post* de todas las titularidades y el sub-aprovechamiento por las exclusiones recíprocas entre los titulares.
- Ambas teorías no explican de manera suficiente el rol del *numerus clausus* como mecanismo de prevención de la excesiva fragmentación de la propiedad. La principal crítica que se formula contra este postulado sostiene que el *numerus clausus* aplicado a la teoría de los anticomunes solo estaría referida a la limitación de titularidades, mas no los tipos de *property rights*.
- La teoría de la estandarización óptima afirma que permitir una libre configuración de nuevos tipos de *property rights* generaría costos externos sobre los terceros, bajo la forma de costos de estimación. Es decir, se justifica la existencia de una regla de *numerus clausus* en los *property rights*, toda vez que esta regla permite que los terceros puedan estimar los alcances de un derecho, así como evitar que en el ejercicio de sus propios derechos puedan contravenir otros.
- Esta teoría tampoco brinda una explicación acabada sobre la función del *numerus clausus* en los *property rights*. Así se formula como crítica que, si bien es de suma importancia centrar la atención sobre los «otros participantes del mercado», también se debe considerar que dichos costos de información y su internalización ya son asumidos por quienes se encuentran en el tráfico jurídico, sea a través de búsquedas en un sistema registral (*civil law*), o sea por medio del traslado y diversificación del riesgo a través del sistema de *indemnity insurance (common law)*. Bajo esta premisa, el costo marginal incurrido en identificar un nuevo *property rights*/derecho real es reducido. Por ello, las políticas gubernamentales deben enfocarse en reducir dichos costos *ex post* en vez de limitar la creatividad de los agentes *ex ante*.
- Otra crítica sobre esta teoría se halla en que los costos de información asociados a la categoría de «otros participantes del mercado» disminuirían de manera progresiva conforme las nuevas formas de *property rights* alcanzaran cierta estandarización generada por la propia práctica jurídica. Es decir, mientras más usada sea la nueva forma los costos de averiguar las características del nuevo *property right* y evitar su trasgresión decrecerá, reduciendo significativamente los costos de información con el tiempo.
- La teoría de la verificación sostiene que las limitaciones en los *property rights* a través de la regla del *numerus clausus* no sirven para estandarizar de manera óptima los *property rights*, sino para facilitar la verificación de las titularidades sobre los derechos ofrecidos para el intercambio. Esta teoría enfatiza dos problemas: la coordinación (*coordination*) y la exigibilidad (*enforcement*). La solución a ambos problemas (coordinación y

exigibilidad) se encuentra en establecer adecuados medios de verificación: las reglas de verificación.

- Según esta teoría el ordenamiento jurídico define y regula categorías de *property rights*. Más precisamente, el ordenamiento jurídico delimita las categorías de pretensiones sobre los bienes (*claims on assets*) y establece para cada categoría un conjunto de reglas de verificación que determinan cuándo una pretensión dentro de la categoría es exigible como un *property rights* (es decir, «corre con el activo»).
- La regla del *numerus clausus* tendrá mayor relevancia en sistemas donde primen los mecanismos de verificación de derechos más costosos y menos efectivos. En cambio, en sistemas donde los mecanismos de verificación de los derechos sean baratos y efectivos, la regla del *numerus clausus* tendrá una menor importancia práctica, por lo que podría facilitarse un listado de derechos reales con carácter no taxativo.
- Esto explica la noción de *run with the asset*, es decir, al tener mecanismos de verificación de las titulares en términos de coordinación y exigibilidad como ocurre con los contratos, será irrelevante tener un listado legalmente establecido. Los mecanismos de publicidad registral podrán suplir el alcance que tiene actualmente las normas jurídicas *heteronormativa* y las normas jurídicas contractuales/negociales *autonormativas*.
- El *numerus clausus* tendrá un rol residual como mecanismo de verificación de las titularidades que se ofrecen en intercambio, cuando no se haya adoptado mecanismos adecuados para la verificación de los derechos que permitan determinar de manera barata y efectiva los alcances de dichas titularidades.
- Esto no debe verse como una actual inutilidad de la regla de *numerus clausus* sino como una progresiva reducción de su justificación práctica en tanto se mejoren sustancialmente los mecanismos de verificación de los derechos. En otras palabras, a medida que los mecanismos de publicidad registral (o, eventualmente, los sistemas de seguro de títulos) sean incorporados a los ordenamientos jurídicos carecerá de sentido, cada vez más, sostener a nivel práctico una regla como el *numerus clausus*.
- No obstante, la peculiaridad del *civil law* es que la construcción del fenómeno apropiativo obedece a un concepto general, esto es, los derechos reales entendidos como una categoría. Al respecto, si bien desde la óptica de las teorías expuestas y del *common law* la regla del *numerus clausus* presenta una progresiva disminución en términos de su función práctica, la mejor comprensión del fenómeno apropiativo de los derechos reales nos llevará a una conclusión parcialmente distinta.
- Las teorías expuestas —y principalmente, la teoría de la verificación— brindan una aproximación funcional a la regla del *numerus clausus* desde la perspectiva de los *property rights*. Dicha regla contribuye a la identificación de los alcances de los derechos ofrecidos en intercambio, tanto desde una perspectiva interna como una externa. Asimismo, aquellas teorías nos permiten tener una visión global de la interacción del *numerus clausus* con los distintos mecanismos de aviso (*notice*) y verificación.

- El abaratamiento de los costos y el incremento de la efectividad en los mecanismos de verificación de los derechos conllevará una reducción en la relevancia práctica del *numerus clausus*, sin embargo, debido a la propia construcción de los derechos reales como categoría general, dicha regla —en todos los casos— tendrá una mayor importancia práctica dentro del *civil law* que en el *common law*.

### Capítulo III

- La recepción de la regla del *numerus clausus* —entendida como la proscripción dirigida a los particulares de crear nuevos derechos reales— es innegable en nuestro país. Nuestro ordenamiento jurídico ha restringido la creación de nuevos derechos reales al legislador (Artículo 881 del Código Civil).
- La proscripción de crear nuevos (tipos de) derechos reales en virtud de la autonomía privada se consolidó tanto a nivel normativo como académico. Asimismo, se admitió de forma incontrovertida el fundamento de la *desnaturalización* de los derechos reales, partiendo de la también dicotómica (y axiomática) clasificación de derechos reales y personales.
- El debate se ha presentado (siempre) bajo una óptica dicotómica: *numerus clausus* c. *numerus apertus*, pero desde distintas aproximaciones. Desde el Código Civil de 1984, el problema sobre la idoneidad del *numerus clausus* ha sido un punto arduo de discusión a nivel académico y en los proyectos de reforma. Distinguiremos dos grandes grupos atendiendo a la extensión con la cual se trata la discusión sobre el *numerus clausus* y los argumentos a favor o en contra de este.
- La discusión académica nacional sobre la ordenación de los derechos reales se ha limitado (solo aparentemente) a la discusión sobre si la creación de derechos reales debe ser potestad solo del legislador: *numerus clausus* c. *numerus apertus*. Sin embargo, la discusión se ha trasladado a la determinación del contenido de los derechos reales (tipicidad) y, consecuentemente, hacia una necesaria «flexibilización del tipo».
- Debemos delimitar el concepto de «tipicidad» entendido como la determinación de un contenido legalmente establecido para un concreto derecho real, esto es, el derecho real visto como un «tipo jurídico-estructural» de contenido establecido por el propio ordenamiento jurídico. Frente al cual —argumentamos— el ordenamiento puede adoptar una posición de permisión (flexibilidad del tipo) o proscripción (fijación del tipo) a favor o en contra de los privados, respectivamente, para modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales.
- Se disocia la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna (flexible/fijo), pudiendo en este último tener mayor o menor presencia la autonomía privada. Así, la categoría de derechos reales puede estar sujeta a una regla de *numerus clausus*, sin embargo, el ámbito de su tipicidad puede ser más o menos flexible.
- Partiendo de la distinción entre ambos conceptos, consideramos que la discusión sobre la ordenación de los tipos de derechos reales no se agota en una visión dicotómica (es

decir, en una opción legislativa entre *numerus clausus* y *numerus apertus*), sino que debe ser enfocada, más bien, bajo una visión «flexible-gradual».

- Tomando en cuenta todo ello, resulta necesario reconstruir la tipicidad de los derechos reales en dos aspectos: (i) reconstruyendo los derechos reales como una categoría general con un conjunto de reglas aplicables a esta y (ii) desarrollando el concepto de «tipo» en los derechos reales dirigido a su flexibilización. Sobre las repercusiones prácticas del primer aspecto nos ocuparemos en el quinto capítulo.
- El rígido «principio» del *numerus clausus* instaurado por el *Code Napoléon* viene siendo relativizado ante la imposición de una mayor dinámica del tráfico en la relación de pertenencia sobre los bienes frente a las tradicionales *demembrements de la propriété*, y es en el Derecho francés donde la relativización se hace presente mediante el *Avant-projet* de reforma del *Livre II: Des Biens* del *Code Civil*, elaborado bajo la dirección de la *Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française*, específicamente bajo la creación de la figura de los *droits réels de jouissance spéciale* que, en sí, son un nuevo «tipo» de derecho real.
- La postura francesa antes expuesta parece ir en el sentido que se debe *actualizar* el principio de *numerus clausus* por razones diversas a aquellas que, bajo una ideología de las codificaciones ochocentistas, habían sostenido la afirmación de un modelo de propiedad, en el cual el dominio pleno y exclusivo del «*capitale fondiario*» habría garantizado a los titulares la posibilidad del uso eficiente de la tierra, promoviendo, consecuentemente, los intereses generales del sistema económico.
- Se debe anotar que la experiencia francesa constituye un claro ejemplo que la mayor flexibilidad de un tipo de derecho real no implica el abandono de una regla de *numerus clausus*. Como se observa, tanto la propuesta de modificación normativa como el reconocimiento judicial implica que el ordenamiento jurídico mantiene la reserva de establecer nuevos tipos de derechos reales. Bajo esta lógica, los derechos reales de uso especial forman un nuevo tipo de derecho real creado por el legislador, pero que tiene por característica ser un «tipo abierto».
- Un sector importante de la academia neerlandesa planteó algunas interrogantes en torno a la doctrina del *numerus clausus*: (i) ¿Es esta doctrina realmente necesaria? ¿Podría (y debería) esta doctrina ser menos rigurosa y más abierta a la innovación? La respuesta a dichas interrogantes fue la teoría del *numerus quasi-clausus*.
- La regla del *numerus clausus* de los «derechos absolutos» (*absolute rights*) establece un número y un contenido cerrado de dichos derechos. Por ello, resulta necesario tener una aproximación más abierta hacia un *numerus quasi-clausus* que signifique la vía para una bien razonada y gradual aceptación de las instituciones y conceptos del *common law* dentro del *civil law*. De esta manera se busca tener un campo teórico y práctico común entre ambos sistemas.
- La teoría del *numerus quasi-clausus* acierta en plantear una flexibilización en la regla del *numerus clausus*, no obstante, para ello no importante esta regla, sino el alcance del contenido del tipo. Por ello la necesaria distinción entre la fijación del tipo y la

proscripción de creación de nuevos derechos reales, este último, es propiamente la regla del *numerus clausus*.

- Para fines de una flexibilización no importan la regla del *numerus clausus*, sino la determinación del alcance de la modificación del contenido del tipo derecho real. La permeabilidad del sistema a las nuevas formas de *property rights*/derechos reales con fines de integración jurídica con el *common law* dependerá en esencia de la flexibilización del tipo antes que el *numerus clausus*. Más aún si se considera que el *common law* funciona con categorías de *property rights* y no con formas bien definidas.
- El ordenamiento jurídico sudafricano resulta de interés cuando se aborda el tema del *numerus clausus* y la cuestión sobre la flexibilización del tipo, debido a que es uno de los pocos países dentro del *civil law* que presenta un sistema abierto de registro de derechos sobre predios o como se ha mencionado, un sistema jurídico «sin» *numerus clausus*.
- El ordenamiento jurídico sudafricano rechaza la regla del *numerus clausus* en relación con la creación de derechos reales, considerándola como algo trillada (*trite*). En otras palabras, se reconocen categorías de derechos reales (aunque más con un sentido histórico que legal), pero se permiten crear nuevos. Dentro de cada una de las categorías admitidas existe mucho espacio para maniobrar. Esta situación se muestra en las servidumbres prediales «irregulares» dentro de las cuales son admitidos los derechos de usufructo, uso y habitación. Estos derechos parecerían servidumbres prediales, sin embargo, son atribuidos a una persona en particular.
- Sudáfrica no admite el *numerus clausus* en los derechos reales o, más propiamente, permite un amplio margen de «personalización» (*customization*) sobre los derechos prediales que ingresan al registro público. En esa línea, con frecuencia se pone atención al reto que representa para el *registrar of deeds* (registrador de escrituras) analizar qué tipo o categorías de derechos prediales son admitidos en el registro.
- Las cortes sudafricanas aplican una «doble prueba»: (i) examinan la intención del creador de vincular a los sucesores en el título (*successors-in-title*) y (ii) consultan si la obligación correlativa (al derecho) equivale a una «sustracción del dominio» (*subtraction from the dominium*). Estos dos aspectos operan de manera simultánea y son igualmente significantes. En relación con el segundo criterio, la obligación debe gravar al titular del dominio en su condición de *landowner* mismo, mas no en su capacidad personal.
- Sin duda una mayor flexibilidad implica mayores retos para los distintos operadores jurídicos. En Sudáfrica, y consideramos también en Perú, la labor del registrador es central para la identificación de qué derechos merecen «correr con el bien» mediante su incorporación al registro público. La «doble prueba» implica un gran esfuerzo en tratar de facilitar dicha labor.
- El Derecho alemán distingue de un lado, (i) la proscripción de incorporar nuevos derechos a través de la autonomía privada, distintos a los establecidos por la ley (*Typenzwang*), esto es, el sentido tradicional del *numerus clausus*; y, de otro, (ii) la proscripción de modificar los elementos esenciales del contenido de un derecho real típico (*Typenfixierung*), es decir, una «fijación del tipo».

- La necesidad de distinguir ambas dimensiones se encuentra en determinar el contenido y las características de los derechos reales, con la finalidad de asegurar a los adquirentes un derecho cierto, favoreciendo la circulación de los bienes y la seguridad en las contrataciones. De esta manera los autores alemanes colocan su atención sobre la oponibilidad y los terceros, elementos que ocupan la centralidad del debate actual sobre el *numerus clausus*.
- Esta distinción de la doble dimensión en la ordenación de los tipos de los derechos reales es una característica de la cual partimos para formular nuestra «flexibilización del tipo» a través de grados. La tipicidad, entendida como la determinación del contenido de los derechos reales, se diferencia de la concepción tradicional que solo se restringía a entender a aquella como la proscripción en la creación de nuevos derechos reales por la autonomía privada, agotando la tipicidad en la regla del *numerus clausus*.
- Al respecto, sostenemos que la ordenación de los tipos dentro de la categoría de los derechos reales puede ser expresada en tres (3) diferentes grados: (i) el grado de mayor restricción, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales ni modificar el contenido legalmente establecido de estos (por ejemplo, el modelo del argentino y francés); (ii) el grado de restricción media, en el cual no es permitido crear nuevos tipos de derechos reales, pero sí modificar el contenido legalmente establecido (modelo peruano); y, (iii) el grado de nula restricción, en el cual es permitido a los particulares crear nuevos tipos de derechos reales, así como modificar libremente el contenido de estos (por ejemplo, el modelo español y sudrafricano).
- La conveniencia de un grado u otro dependerá de distintos factores. De esto, no importa si se adopta una graduación de restricción fuerte o media, será relevante que el conjunto de reglas «accesorias» que permitan reducir los costos antes mencionados. Siguiendo esta idea, si se adopta una regla de *numerus clausus* (mayor costo de frustración, menor costo de estimación), esta deberá ser compensada con un mayor margen de configuración del tipo y mayor cantidad de tipos (menor costo de frustración, mayor costo de estimación).

#### Capítulo IV

- Las formas flexibilizadas del tipo tienen un correlato en el ámbito de la práctica jurídica. En efecto, derechos reales como la propiedad, la superficie y la servidumbre pueden mostrar caracteres que importen una modificación del contenido del derecho real establecido por la norma sin exceder los límites establecidos por esta. De esta manera se permite la configuración de nuevas formas de estos derechos reales sin requerir de una previa *actualización* normativa.
- Sin embargo, tan importante como identificar aquellos que se encuentran dentro de la flexibilización es también determinar aquellos fenómenos apropiativos (aunque próximos) excedería la flexibilización del tipo. Al respecto, consideramos que excederían a la flexibilización del tipo las configuraciones que transgredan alguna norma imperativa (por ejemplo, establecer prohibiciones de enajenar o gravar, cambio de uso del destino bien en el usufructo o no generar beneficio al predio dominante en

la servidumbre) o incidan sobre los elementos externos al propio derecho (los mecanismos de tutela, transmisión, adquisición, constitución o extinción del derecho real; o, la configuración, características o condiciones del bien sobre el cual recae aquel). De esta manera se identifica de mejor manera el contenido susceptible de flexibilización.

- El primer obstáculo para las formas flexibilizadas del tipo en los derechos reales sea tal vez un tanto evidente. Sin embargo, consideramos necesario brindar algunos alcances en relación con aquel obstáculo, esto es, las normas de carácter imperativo en materia de derechos reales. La primera norma de carácter imperativo la encontramos en el Artículo 882 del Código Civil referido a la proscripción de establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar.
- Otro límite a la flexibilización del tipo en los derechos reales es la estructura misma que configura el «tipo jurídico-estructural». Es decir, aquellos elementos esenciales que configuran el tipo. Por ejemplo, el «tipo jurídico-estructural» del derecho real de servidumbre consiste en el beneficio que debe existir en favor del predio dominante (Artículo 1035 del Código Civil). De igual manera, se presenta en el derecho real de usufructo cuando se indica que el usufructuario debe explotar el bien en la forma *normal y acostumbrada* (Artículo 1008 del Código Civil), por lo que todas aquellas restricciones o cambios al destino del uso del bien requerirán de la constitución de un derecho de servidumbre o la restricción al ejercicio del derecho real de propiedad.
- Se advierte tanto de manera teórica (a partir de un ejercicio de abstracción) como práctica (exponiendo los distintos fenómenos apropiativos no susceptibles de *encajar* en las formas flexibilizadas del tipo, requiriendo una reforma normativa para su aplicación) los elementos *externos* al «tipo jurídico-estructural» del derecho real. En ese sentido, no podrían *encajar* dentro de las formas flexibilizadas del tipo todo aquello vinculado con los actos de disposición, los derechos de adquisición preferente, las obligaciones *propter rem*, los derechos reales *in faciendo* o cargas reales, las condiciones materiales para la constitución del derecho real y las configuraciones que inciden sobre las condiciones del bien mismo.
- La publicidad registral es tal vez, en términos generales, la *mejor* regla de verificación de las titularidades que las partes ofrecen en intercambio, puesto que permiten identificar con un alto grado de certeza el alcance de un derecho. Las ventajas de un mecanismo de publicidad registral son evidentes, más aún en lo relativo a la publicidad de derechos que tienen a permanecer en el tiempo y recaen sobre bienes de considerable valor. En ese sentido, las formas flexibilizadas del tipo anteriormente propuesta requerirán de un acceso a un registro público que permita la verificación de las titularidades y el alcance de estas en el intercambio, así como su potencial exigencia a los sucesores en el título.
- Resulta bastante clara la necesidad de admisión de las formas flexibilizadas del tipo en los registros públicos. Considerando ello, los sistemas registrales español y sudafricano presentan las condiciones idóneas para el análisis de aquellas formas. Esto se debe a que dichos sistemas registrales son más permeables a la admisión de nuevas formas, razón por la cual se considera que se rigen bajo una regla *numerus apertus* de derechos reales.



- La importancia del estudio de ambos sistemas se encuentra en que, al carecer de una regla del *numerus clausus*, la cuestión sobre qué puede ingresar al registro se ha trasladado del plano de la política legislativa al análisis jurisprudencial registral. En efecto, al no saber por ley qué puede ingresar al registro, los tribunales registrales y judiciales han tenido que llenar este vacío normativo estableciendo lineamientos para discriminar en alguna medida los derechos que pueden ser publicitados.
- El Derecho hipotecario español introdujo dos conceptos que permitieron el ingreso a los registros públicos de situaciones jurídicas distintas a los derechos reales contenidos en el Código Civil, a través de concretas fórmulas normativas. El primer concepto que aparece es una puerta a la admisión de los denominados derechos reales atípicos y se encuentra en el Artículo 2 de la Ley Hipotecaria cuando señala que se inscribirán: «[...] los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales».
- El otro concepto aparece en el Artículo 7 del Reglamento de la Ley Hipotecaria cuando indica: «[...] cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», sin embargo, esta vez para referirse a los negocios jurídicos. Los conceptos de «otros cualesquiera reales» como «trascendencia real» han justificado en gran medida que se hable de un *numerus apertus* en el sistema español, respaldado por esta gran amplitud de su sistema registral.
- El ordenamiento jurídico sudafricano es uno de los pocos países dentro del *civil law* que presenta un sistema abierto de registro de derechos sobre predios. El ordenamiento jurídico sudafricano rechaza la regla del *numerus clausus* en relación con la creación de derechos reales. Aunque se reconocen categorías de derechos reales, pero más con un sentido histórico que legal.
- Sudáfrica permite un amplio margen de «personalización» sobre los derechos prediales que ingresan al registro público. En esa línea, con frecuencia se pone atención al reto que representa para el *registrar of deeds* analizar qué tipo o categorías de derechos prediales son admitidos en el registro. Con la finalidad de brindar algunos alcances a los *registrar of deeds*, la Sección 63(1) del *Deeds Registries Act 1937* (DRA) establece que: «Ninguna escritura, o condición en una escritura, que pretenda crear o que incorpore algún derecho personal [*personal right*], y ninguna condición que no restrinja el ejercicio de algún derecho de propiedad [*right of ownership*] con respecto a bienes inmuebles [*immovable property*], podrá ser registrada».
- Para superar ese problema, las cortes sudafricanas aplican una «doble prueba» (*twofold test*): (i) examinan la intención del creador de vincular a los sucesores en el título (*successors-in-title*) y (ii) consultan si la obligación correlativa (al derecho) equivale a una «sustracción del dominio» (*subtraction from the dominium*).
- La primera de las pruebas (la intención del creador de vincular a los sucesores en el título) no genera mayores inconvenientes. Se trata de un concepto *subjetivo* por lo que se debe tomar en cuenta la *causa* contenida en el programa negocial para advertir si

existe alguna intención de vincular a los sucesores en el título.

- La segunda prueba (*subtraction from the dominium*) presupone que la propiedad de la tierra de una persona disminuye o se reduce mediante el otorgamiento a otra de un *real right* con respecto a la tierra. Dicho de otra manera: un *real right* que otra persona tiene con respecto a la propia tierra conlleva una resta o disminución de los poderes normales de uso, disfrute, enajenación o disposición inherentes a la propiedad de uno. Solo un derecho que tiene este efecto en la propiedad de una persona sobre la tierra es por *naturaleza* real y, por lo tanto, registrable.
- Sin duda el ordenamiento jurídico sudafricano presenta considerables ventajas al trasladar la calificación de la condición de *real right* registrable al *registrar of deeds* en atención a la Sección (63)1 del DRA. Esto permite una mayor flexibilidad para la admisión de nuevas figuras que pasan la «doble prueba». Esta ventaja también se advierte en el ordenamiento jurídico español.
- Sin embargo, se debe también tomar en consideración que las fórmulas normativas del DRA (Sudáfrica) y de la Ley Hipotecaria (España) fueron sometidas a una larga experiencia jurisprudencial que finalmente llegó a establecer los requisitos que efectivamente son tenidos en cuenta para admitir como *real* una situación jurídica subjetiva. Por ello, estos sistemas son solo en apariencia *numerus apertus*. Si bien dotan de gran apertura para la admisión al registro de nuevas formas apropiativas, los privados no son del todo libre para crear nuevos derechos reales.
- También es importante resaltar que las normas que han tornado en seguidoras de la regla del *numerus apertus* a los ordenamientos jurídicos sudafricanos y español son de orden registral, es decir, no son las normas de derecho sustantivo (como un código civil) las que reconocen una absoluta libertad. Todo ello nos lleva a concluir que no se tratarían, pues, de ordenamientos jurídicos con una regla de *numerus apertus*, sino que la jurisprudencia y las normas registrales han dotado de mayor alcance y flexibilidad a ambos sistemas.
- Al igual que las fórmulas normativas española y sudafricana, nuestro numeral 5 del Artículo 2019 del CC tampoco desarrolla los criterios sobre la base de los cuales se debe admitir la inscripción de las restricciones al ejercicio de las facultades del titular de un derecho real. Esto resulta importante de definir, si se considera a nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una fuerte adscripción a la regla del *numerus clausus*. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Registral ha tenido que delimitar, por medio de la casuística, aquellos casos en los que procede inscribir los contratos que impliquen la flexibilización del tipo.
- De los casos desarrollados se puede apreciar una clara tendencia hacia la apertura en la inscripción registral de las formas flexibilizadas del tipo en el derecho real de propiedad (al igual que sucede en España y Sudáfrica). Incluso siendo un poco más permeable, en el criterio más reciente, el Tribunal Registral adopta un nuevo criterio e incluso admite la inscripción de un pacto que no tiene una incidencia real actual, sino que recién la tendrá en un futuro.

## Capítulo V

- Tradicionalmente la respuesta a «¿qué son los derechos reales?» se ha enfocado en brindar una aproximación histórica y luego conceptual, tratando de buscar la «esencia» de esta categoría jurídica para después identificar aquellas figuras jurídicas que encajan dentro de dicha categoría. En este trabajo intentamos una aproximación distinta. Desde cambiar a la pregunta «¿qué son los Derechos Reales?» por «¿qué consecuencias (jurídicas) conlleva que un derecho sea “real”?».
- Específicamente en materia de derechos reales, el dato positivo resulta hasta cierto punto imprescindible, toda vez que la definición de una situación jurídica como real dependerá del reconocimiento como tal dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se torna —hasta cierto punto— banal la definición del derecho real, por ser calificado como tal por el propio ordenamiento jurídico, volviéndose en un concepto circular.
- En el esquema planteado por el CC argentino advertimos la opción de los codificadores por distinguir las «Disposiciones Generales» de la regulación de la posesión (y tenencia) y cada uno de los derechos reales. De esta manera se toma partida por la sistematización de los derechos reales como categoría ordenante de distintas situaciones jurídicas subjetivas. Esto implica la revitalización de una categoría dotándola de utilidad práctica al momento de la interpretación y la integración de las normas especiales.
- Esta «parte general» del CC argentino establece también el objeto (Art. 1883), el fenómeno de la convalidación (Art. 1885), la persecución y preferencia (Art. 1886) sus clasificaciones (Art. 1888), la distinción entre Derechos Reales principales y accesorios (Art. 1889), el ejercicio de la posesión (Art. 1891), a la cual acertadamente no considera como un derecho real, sino como una materialización de su ejercicio. Estas disposiciones son comunes a todos los derechos reales. Detengámonos en cada una de ellas.
- El CC argentino ha presentado de forma sistemática y ordenada un conjunto de reglas aplicables a la categoría de derechos reales, regulando de forma genérica cuestiones como su adquisición mediante la prescripción adquisitiva, su oponibilidad, transmisibilidad, supuestos de extinción, tipicidad, contenido, estructura, entre otros.
- Esto, sin duda, constituye un valioso esfuerzo por revitalizar la categoría incorporando nuevos tipos y reglas generales, lo cual implica que la configuración de derecho real conlleve consecuencias jurídicas propias establecidas legalmente y no susceptibles de modificación por las partes. Esto es lo que denominamos una «fijación del tipo» (*typenfixierung*).
- La técnica legislativa del CC alemán suele ser superior a otros códigos civiles en tanto que prevé formas de aplicación analógicas de unas secciones a otras, incluso en algunos casos se detalla exhaustivamente cuáles son los párrafos que aplican de una institución a otra como ocurre con la habitación y el usufructo (§ 1093).

- Esto suele ser criticado también porque hace de un código civil (dirigido al pueblo) una herramienta técnica. Sin embargo, con disposiciones como las enunciadas anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico podríamos resolver cuestiones relacionadas con la viabilidad de la usucapión del usufructo o del derecho de superficie.
- De forma conclusiva, podemos afirmar que el BGB —con una sistematización y extensión menor a la del CC argentino— regula de forma general la forma de adquisición, extinción y modificaciones de derecho reales sobre fincas; la relación, modificación y reserva de rango cuando existen varios derechos también; la usucapión tabular; extinción de derechos no inscritos; e, imprescriptibilidad de derechos inscritos.
- Esta resulta la forma más acertada de regular las cuestiones «generales» a todos los derechos reales, más aún si, como los derechos reales, constituyen una categoría general abstracta que se regula a través de tipos lo suficientemente abiertos para su modificación. No obstante, nuestro Código Civil ha optado por una regulación particular y específica, dejando muchas veces vacíos de los cuáles el propio código no brinda herramientas para los operadores jurídicos.
- Sobre el CC boliviano podemos afirmar dos cosas: (i) los Artículo 81, 87 y 101 contienen rasgos característicos de la categorización de los derechos reales, dado que establecen criterios para una integración normativa en atención la condición de derecho real; y, (ii) no se regula de forma expresa la tipicidad de los derechos reales, es decir, no existe una lista taxativa en la que se haga una reserva legal para la creación de nuevos derechos reales, ni de su configuración interna. No obstante, de la revisión de las normas registrales, podemos deducir cuáles serían los derechos dotados de condición de «real».
- El CC brasileño dedica solo tres artículos dedicados a las disposiciones comunes sobre los derechos reales. Se establece una enumeración extensa de los doce derechos reales regulados en el Libro Tercero, así como la forma de constitución o transmisión de aquellos, dependiendo si el derecho recae sobre bien mueble o inmueble.
- Sobre las menciones a los derechos reales, el Artículo 1359 establece que una vez «resuelta la propiedad», se por cumplimiento de la condición o del plazo, se entenderán también «resueltos» los derechos reales que se hubieran concedido. Asimismo, el Artículo 1474 establece que, frente a la hipoteca, subsisten las cargas reales constituidas y registradas ante de la hipoteca en el mismo inmueble.
- Por su parte, las referencias del Libro Segundo (sobre Los Bienes) a los derechos reales es también escueta. El Artículo 80 establece que se consideran como inmuebles los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que lo aseguran [*as ações que os asseguram*]; a su vez, el Artículo 81, que son muebles los derechos reales sobre los objetos muebles y las acciones que le correspondan.
- El Libro Tercero (Los Hechos Jurídicos) indica en su Artículo 108 que «[...] la escritura pública es esencial para la validez de los negocios jurídicos que se refieren a la constitución, transferencia, modificación o renuncia de derechos reales sobre inmuebles de valor superior a treinta veces el salario mínimo [...]». Mientras que el

Artículo 958 del Título X del Libro Primero (Del Derecho de Obligaciones) establece que los títulos legales de preferencia son los privilegios y los derechos reales, dotando de una mayor eficacia a estos.

- Las disposiciones anteriormente citadas no refieren a la estructura de los derechos reales como una categoría. Aquellas están encaminadas a desencadenar determinados efectos conexos a los derechos reales como la calificación jurídica de los bienes que son objetos de derechos reales o de la formalidad con la que debe contar (bajo sanción de nulidad por invalidez) los negocios jurídicos que tengan por objeto derechos reales.
- Las normas sobre el contenido de los derechos reales se regulan de forma específica en cada uno de ellos, no existiendo disposiciones comunes sobre la adquisición de estos por prescripción, la condición de transmisibles de estos o los casos de extinción. En relación con la tipicidad, el CC brasileño no contiene una norma expresa que proscriba la creación de nuevos tipos, así como la modificación del contenido o la estructura de los derechos reales.
- En relación con la categoría de los derechos reales, el CC chileno carece de un conjunto de artículos destinados a regular las disposiciones sobre esta categoría, es decir, no cuenta con unas «disposiciones generales» sobre los derechos reales, con lo cual, de entrada, podemos renunciar a encontrar algún tipo de sistematización u orden sobre la base de esta categoría. La definición de derecho real se encuentra en el párrafo 2 (Sobre las cosas incorporales) dentro del Título I (De las Varias Clases de Bienes) y muchas de las reglas aplicables a los «otros derechos reales» se toman de aquellas que aplican a la propiedad.
- El CC chileno presenta un número considerable de artículos que establecen la regla integración de las normas sobre la propiedad hacia los otros derechos reales. Como es habitual en la codificación, la construcción del contenido de los derechos reales se elabora a partir de las normas de propiedad, en ese sentido, la categoría de derechos reales se identifica con la propiedad en lo que se refiere a las reglas generales de dicha categoría. Esta es una visión que proponemos replantear.
- En suma, el CC chileno presenta un arquetipo basado en la propiedad. Bajo este modelo, la propiedad se identifica con la categoría de derecho real, aplicándose de forma analógica las reglas de aquella a todos los otros derechos reales. Por lo tanto, se omiten todas aquellas «disposiciones generales» aplicables a los derechos reales. No obstante, encontramos una regla de tipicidad en la enumeración de los derechos reales.
- La técnica legislativa del CC francés en materia de derechos reales es ampliamente conocida e influyente. Renuente a describir una categoría general de los derechos reales, se enfoca en la regulación de la propiedad, a partir de la cual se «desmiembran» los otros derechos reales. Son escasas las disposiciones aplicables a todos los «derechos sobre bienes».
- El CC francés incluso posee un menor número de artículos referidos a la comprensión de los derechos reales como un conjunto en comparación con el CC español. Se debe tener presente esto, pues, muchos de los códigos civiles latinoamericanos adoptaron

como referencia el CC francés.

- En parte, esto explicaría el poco interés del codificador de regular a través de normas y disposiciones generales que permitan abordar el problema de vacíos en los derechos reales desde una óptica más sistémica. Basta con ver el actual CC argentino para ver una progresividad y tendencia hacia los modelos que, influenciados por el modelo alemán, tienden hacia la adopción de categorías y disposiciones generales.
- En materia de derechos reales, nuestro Código Civil pertenece a lo que hemos clasificado como un segundo grupo. Este segundo grupo no se aleja del todo del modelo francés, sin embargo, presenta ciertos matices que los distingue del anterior. En este grupo encontramos los códigos civiles que contemplan —aunque sean breves— disposiciones generales al libro que regula los derechos reales, es decir, se contemplan algunas disposiciones comunes.
- En este grupo también se comienzan a regular nuevos derechos reales como el de superficie, enfiteusis, derechos de autor, se incorporan a los derechos reales de garantía, y se emplea con alguna mayor referencia el término de «derechos reales».
- Este grupo representa un avance hacia la sistematización de la categoría de los derechos reales, pero aún se encuentra fuertemente influido por el modelo francés, en parte, por la influencia de este, la academia francesa de inicio del siglo XX traducida al español a mediados de este siglo, además de los manuales y textos españoles.
- En el último grupo propuesto, tenemos aquellos códigos civiles que regulan los derechos reales como una categoría general a la cual le dedican disposiciones propias y generales. Se caracterizan por la dedicación de un título expreso a esta categoría. También se suele regular de forma independiente y aparte a la posesión, no otorgándole la «calidad» de derecho real.
- Se opta por una sistemática mayor, criterios de interpretación e integración frente a vacíos. Remisión a normas de una «parte general», antes que la sobre-regulación específica de cada tipo de derecho real, sin dejar por ello una minuciosa regulación. En adición, se regula un gran número de tipos de derechos reales y se dota de gran especificidad a estos. Esta forma de regular la categoría de los derechos reales se aleja en gran medida del modelo francés.
- Consideramos que este modelo es el más acertado para explicar y justificar la categoría de los derechos reales como un concepto general que engloba distintos «tipos jurídicos estructurales», es decir, una tipicidad; y dentro de la cual existe una regla de flexibilidad aplicable a los distintos tipos con los alcances y límites anteriormente expuesto. Asimismo, permite reforzar la regla del *numerus clausus* dentro del ordenamiento jurídico al reservar la creación de los distintos tipos a la actividad del legislador.

## RECOMENDACIONES

Como producto de la presente investigación se propone las siguientes recomendaciones:

a) **Sobre la conceptualización y aplicación de los derechos reales en la práctica jurídica**

- Conceptualizar los derechos reales como categoría con *vocación* ordenante de aquellas situaciones jurídicas perteneciente a los derechos patrimoniales. Ello implica una mejora en la comprensión de la realidad jurídica frente a los nuevos fenómenos apropiativos, mediante la previsión normativa de un conjunto de figuras que tienen un arquetipo sustentado en el régimen de la propiedad privada.
- Proponer la regla del *numerus clausus* como *necesaria* dentro de la concepción de los derechos reales como categoría con *vocación* ordenante. En esa línea, solo se deberán admitir como derechos reales únicamente aquellos que son reconocidos como tales por la ley.
- Conceptualizar la *tipicidad* como la determinación de un contenido legalmente establecido para un concreto derecho real, esto es, el derecho real visto como un «tipo jurídico-estructural» de contenido establecido por el propio ordenamiento jurídico, sobre el cual la ley puede adoptar una posición de permisión (*flexibilidad*) o proscripción (*fijación del tipo*) a favor o en contra de los privados, respectivamente, para modificar el contenido legalmente establecido de los derechos reales.
- Disociar la prerrogativa de creación del derecho real (*clausus/apertus*) de su fase de regulación interna, pudiendo este último tener mayor o menor presencia la autonomía privada (flexible/fijo). De esta manera la categoría de los derechos reales puede estar sujeto a una regla de *numerus clausus*, sin embargo, el ámbito de su tipicidad puede ser más o menos flexible.
- Replantear la realidad jurídica referida a la ordenación de los tipos dentro de la categoría de los derechos reales en tres (3) diferentes grados: (i) el grado de mayor restricción, (ii) el grado de restricción media y (iii) el grado de nula restricción. La conveniencia de adoptar un grado u otro dependerá de distintos factores.
- Conceptualizar los nuevos fenómenos apropiativos como formas flexibilizadas de los tipos de derechos reales existentes, permitiendo la admisión de estas nuevas formas sin la necesidad de requerir de una previa *actualización* normativa. Sin embargo, se debe evaluar si dichas formas excederían a la flexibilización del tipo al transgredir alguna norma imperativa en materia de derechos reales o incidan sobre los elementos externos al propio derecho. De esta manera se identifica también el contenido susceptible de flexibilización y el propio contenido legal del «tipo jurídico-estructural».
- Conceptualizar la categoría de los derechos reales como un concepto general que engloba distintos *tipos* y sobre la cual se establecen disposiciones de carácter general aplicable a la categoría en su conjunto. Esto permitirá la labor hermenéutica y de integración por parte de los operadores jurídicos. Asimismo, una «parte general» evita

una sobrerregulación específica en cada tipo de derecho real, enfocándose en aquellos elementos diferenciadores de cada tipo de derecho real.

**b) Sobre la reforma normativa en materia de derechos reales**

- Establecer normativamente una «parte general» en el Código Civil que contenga la regulación aplicable a todos los derechos reales que permite una integración de los actuales vacíos normativos y facilite la labor de interpretación. Las disposiciones generales podrían variar según el bien (mueble o inmueble) o la regla de verificación (registrable o no registrable) que se adopte. Dichas normas deberían contener estipulaciones referidos a los siguientes temas:
  - La proscripción en la creación de nuevos derechos reales.
  - La proscripción o permisión en la modificación de su estructura.
  - La concurrencia del título y el modo para la adquisición y la transmisión del derecho.
  - La inoponibilidad de la adquisición o transmisión de un derecho real.
  - Los mecanismos de adquisición de los derechos reales.
  - Los requisitos para la prescripción adquisitiva.
  - Las formas de transmisión de los derechos reales.
  - Los supuestos de extinción de los derechos reales.
  - Las limitaciones temporales en los tipos de derechos reales y sus formas flexibilizadas.
  - Los criterios de interpretación normativa. Por ejemplo, en caso de duda sobre la constitución de un gravamen sobre un derecho real sea entendido en contra de su constitución.
  - Las normas de aplicación supletoria a los negocios jurídicos sobre derechos reales. Por ejemplo, que las disposiciones contenidas en el libro de derechos reales sean de aplicación a los contratos relacionados con el intercambio de este tipo de derechos.
  
- Regular las nuevas formas apropiativas como nuevos tipos de derechos reales en el Código Civil. Dentro de aquellos podrían considerarse los siguientes:
  - La superficie forestal y de plantaciones agrícolas.
  - Los cementerios privados.
  - Las cargas reales.
  - Los derechos de adquisición preferente.
  - Los tiempos compartidos (actualización normativa).
  - Los derechos de uso temporal.
  - Las prohibiciones temporales a gravar o enajenar.
  - Los derechos de cambio de destino de uso.
  - Los complejos inmobiliarios privados.



## BIBLIOGRAFÍA

### a) Referencia bibliográfica

AJANI, Gianmaria.

2010 *Sistemas Jurídicos Comparados: Lecciones y materiales*. Traducción de Miriam Anderson, Esther Arroyo Amayuelas y Bárbara Pasa. Barcelona: Publicacions i Edicions, Univeritat de Barcelona.

ALBALADEJO, Manuel.

1991 *Derecho Civil*. T. III. Vol. I y II. Séptima edición. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.

1986 *Curso de Derechos Reales*. T. I. Madrid: Civitas.

BARASSI, Lodovico.

1955 *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Traducción y notas de comparación al Derecho español por Ramón García de Haro de Goytisolo. Barcelona: José María Bosch Editor SA.

BAUTISTA SEGALÉS, Juan José.

2014 *¿Qué significa pensar desde América Latina?: Hacia una racionalidad transmoderna y postoccidental*. Madrid: Ediciones Akal S.A.

BESSONE, Mario.

1986 *Casi e Questioni di Diritto Privato*. T. II. Sesta edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

BERMAN, Harold.

2001 *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Tercera edición. México DF: Fondo de Cultura Económica.

BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI-GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco.

1992 *Derecho Civil*. T.I. V. 2. Traducción de Fernando Hinestroza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DAVID, René.

1953 *Tratado de Derecho Civil Comparado*. Traducción de Javier Osset. Madrid: Editorial Revista De Derecho Privado.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis.

2008 *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. III. Quinta edición. Madrid: Thomson-Civitas.

ESCOBAR ROZAS, Freddy.

2002 *Teoría General del Derecho Civil*. Lima: ARA Editores.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin.

- 1971 *Tratado de Derecho Civil*. T. III. Vol. I y II. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: BOSCH.
- ESQUIROL, Jorge L.  
2014 *Las Ficciones del Derecho Latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio.  
1973 *Los Derechos Reales*. T. I. Cuarta edición. Lima: P.L. Villanueva.
- CARBONNIER, Jean.  
1965 *Derecho Civil*. T. II. Vol. I. Traducción de Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- COMPORTI, Marco.  
2011 *Diritti Reali in Generale*. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand.  
1988 *Derechos Reales*. T. I. Lima: Empres Editora Latina SA.
- FUENTES LÓPEZ, Carlos.  
2003 *El Racionalismo Jurídico*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GABRIELLI, Enrico.  
2015 *Studi sulle Garanzie Reali*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo.  
2008 *Sistemi Giuridici Comparati. Terza Edizione*. Torino: UTET Giuridica.
- GAYO.  
1966 *Institutas*. Traducción de Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GONZÁLEZ LINARES, Nerio.  
2012 *Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales*. Segunda edición. Lima: SOPECJ y Jurista Editores.
- GORDLEY, James y MEHREN, Arthur Taylor von.  
2006 *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: readings, cases, materials*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GROCIO, Hugo.  
1925 *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Traducción directa del latín por Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus SA.
- GROSSI, Paolo.  
1996 *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm.

1955 *Derechos reales*. T. II. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

HESPANHA, António Manuel.

2002 *Cultura Jurídica Europea: Síntesis de un milenio*. Traducción de Isabel Soler y Concepción Valera. Madrid: Tecnos.

KANT, Immanuel.

1873 *Principios Metafísicos del Derecho*. Traducción de G. Lizárraga. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. Consulta: 16 de setiembre de 2019

<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>

LACRUZ BERDEJO, José; SANCHO REBULLIDA, Francisco; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín.

2008 *Elementos de Derecho civil*. T. III. Vol. I y III bis. Tercera edición. Madrid: Dykinson.

LARENZ, Karl.

1980 *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, Caracas, México: Editorial Ariel.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia.

1988 «Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil». En: REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*. Segunda edición. T. V. Lima: s/e.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean.

1959 *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. I y IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castro. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MERRILL, Thomas W. y SMITH, Henry E.

2013 *Propiedad y Derechos Reales: Una introducción al sistema jurídico de los Estados Unidos de América*. Traducción y notas a cargo de Josep Stantdiuenge y Marian Gili. Madrid: Civita-Thomson Reuters.

MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio.

2007 *The Civil law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Third Edition. Stanford, California: Stanford University Press.

PÉREZ PÉREZ, Emilio.

2004 *La Propiedad Inmobiliaria, sus formas y su Inscripción Registral*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Bosch SA.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George.

1942 *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. T. III. Traducción de Mario Díaz Cruz. Habana: Cultural SA.

- PUIG BRUTAU, José.  
1978 *Fundamentos de Derecho Civil*. T. III. Vol. I. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María.  
2004 *Tratado de Derechos Reales*. T. I. Segunda edición. Lima: Editorial Rodhas.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos.  
2000-2006 *Historia del Derecho Civil Peruano*. T. I, II, III, VI (Vol. 1 y 2) y VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 
- 2011 *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley-Iustitia.
- RESCIGNO, Pietro.  
1997 *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Undicesima edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; y, BERNÀ i XIRGO, Joan.  
2008 *Derecho Hipotecario*. T. I. Barcelona: Bosch.
- RODOTÀ, Stefano.  
1986 *El Terrible Derecho: Estudios sobre la Propiedad Privada*. Traducción de Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Civitas SA.
- ROMERO ROMANA, Eleodoro.  
1959 *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Segunda edición aumentada. Lima: Marco.
- SAVIGNY, Friederich Karl von.  
2005 *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traducción del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Granda: Editorial Comares S.L.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.  
2006 *Derechos Reales*. T. I. Lima: Idemsa.
- TUHR, Andreas von.  
1998-1999 *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Vol. I. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons.
- VÁSQUEZ RÍOS, Alberto.  
2011 *Derechos Reales*. T. I. Cuarta edición. Lima: Editorial San Marcos.
- WALLS, Margaret y McCONNELL, Virginia.  
2007 *Transfer of Development Rights in U.S. Communities: Evaluating program design, implementation, and outcomes*. Washington, DC: Resources for the Future.
- WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y

EICKMANN, Dieter.  
2007 *Derechos Reales*. T. I y II, séptima edición. Traducción de Ana Cañizares Laso y otros. Madrid: Fundación Cultural del Notariado

WIEACKER, Franz.  
1957 *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar.

WINDSCHEID, Berhand.  
1976 *Tratado de Derecho Civil Alemán*. T. I, Vol. I. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

## b) Referencia hemerográfica y obras colectivas

AKKERMANS, Bram.  
2013 «Standardisation of Property Rights in European Property Law». *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*. Working paper N.º 2013/9, pp. 1-27.

2015 «The Numerus Clausus of Property Rights». *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*. Working paper N.º 2015/10, pp. 1-23.

ALEXANDER, Gregory.  
1988 «Freedom, Coercion, and the Law of Servitudes». *Cornell Law Review*. Vol. 73, pp. 883-905.

ANDORNO, Luis.  
2002 «El Derecho Real de Superficie Forestal en el ordenamiento jurídico positivo Argentino». *Doctrina judicial*. Vol. 2002-2, pp. 145-156.

ARBULÚ CELL, Juan Antonio.  
2010 «¿Númerus clausus o númerus apertus? Respeto al principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomía de la voluntad.» *Actualidad Jurídica: Actualidad Civil y Registral*. N.º 165, pp. 59-63.

BAFFI, Enrico.  
2007 «The Anticommons and the Problem of the *numerus clausus* of Property Rights». *Social Science Research Network Electronic Journal (SSRN)*. Consulta: 20 de agosto de 2017.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1023153](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023153)

BALGANESH, Shyamkrishna.  
2015 «Codifying the Common law of Property in India: Crystallization and Standardization as Strategies of Constraint». *The American Journal of Comparative Law*. Vol. LXIII, N.º 1, pp. 33-76.

BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon.  
2005 «Of Property and Federalism». *The Yale Law Journal*. Vol. 115, N.º 1, pp. 72-115.

- BERGER, Curtis J.  
1982 «Some Reflections on a Unified Law of Servitudes». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1323-1337.
- BERGER, Lawrence.  
1982 «Unification of the Law of Servitudes». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1339-1343.
- BRANDI TAIANA, Maritel.  
2014 «Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora Sí?» *Revista del Notariado*. N.º 916, abril-junio 2014, pp. 8-16.
- BUCHANAN, James y YOON, Yong.  
2000 «Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons». *Journal of Law and Economics*. Vol. 43, N.º 1, pp. 1-13.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas.  
1972 «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review*. Vol. 85, N.º 6, pp. 1089-1128.
- CALZOLAIO, Ermanno.  
2016 «Tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione». *Rivista di Diritto Civile*. Vol. 62, N.º 4, pp. 1080-1095.
- CHANG, Yun-Chen y SMITH, Henry.  
2015 «The *Numerus Clausus* Principle, Property Customs, and the Emergence of New Property Forms». *Iowa Law Review*. Vol. 100, pp. 2275-2308.
- CLARKE, Alison y GODT, Christine.  
2010 «Comparative property law: collective rights within common law and civil law systems». En: GODT, Christine (Editora). *Cross Border Research and Transnational Teaching under the Treaty of Lisbon - Hanse Law School in Perspective*. Vol. 1. Oldenburg: Hanse Law School Series, pp. 61-81.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian.  
2015 «Comentarios a los Artículos del Tomo». En: HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. T. V. Artículos: del 1822 al 1904, del 1906 al 1924, del 1926 al 1972, del 1974 al 1998 y del 2184 al 2218.
- COASE, Ronald H.  
1960 «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*. Vol. 3, pp. 1-44.
- COLE, Daniel H. y OSTROM, Elinor.  
2012 «The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources». En: COLE, Daniel y OSTROM, Elinor (Editores). *Property in Land and Other Resources*. Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 37-64.

CORVO LÓPEZ, Felisa-María.

S/f «Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación futura». En: Seminario de Derecho Privado «Derecho Inmobiliario y Edificación» de la Universidad de Málaga, pp. 1-8. Consulta: 8 de abril de 2018.

<https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/32983/derecho-inmobiliario-y-edificacion/>

DAGAN, Hanoch.

2003 «Craft of Property». *California Law Review*. Vol. 91, pp. 1518-1571.

DAGAN, Hanoch y HELLER, Michael.

2001 «The Liberal Commons». *The Yale Law Journal*. Vol. 110, N.º 4, pp. 549-623.

DAVIDSON, Nestor M.

2008 «Standardization and Pluralism in Property Law». *Vanderbilt Law Review*. Vol. 61, N.º 6, pp. 1597-1663.

DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe.

2017 «El Derecho de Superficie». *Ius et Veritas*, N.º 54, julio 2017, pp. 210-234.

DEMSETZ, Harold.

1967 «Toward a Theory of Property Rights». *The American Economic Review*. Vol. 57, N.º 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, pp. 347-359.

DEPOORTER, Ben y PARISI, Francesco.

2003 «Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes». *Global Jurist Frontiers*. Vol. 3, N.º 1, Artículo 2, pp. 1-41.

DI ROBILANT, Anna.

2014 «Property and Democratic Deliberation: The *Numerus Clausus* Principle and Democratic Experimentalism in Property Law». *The American Journal of Comparative Law*. Vol. LXII, N.º 2, pp. 367-416.

DORFMAN, Avihay.

2011 «Property and Collective Undertaking: The Principle of *Numerus Clausus*». *University of Toronto Law Journal*. Vol. 61, N.º 3, pp. 467-520.

DUNHAM, Allison.

1982 «Statutory Reformation of Land Obligations». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1345-1352.

EPSTEIN, Richard.

1981 «Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes Comments». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1353-1368).

EPSTEIN, Richard y KUHLIK, Bruce.

2004 «Navigating the Anticommons for Pharmaceutical Patents: Steady the Course on Hatcha-Waxman». *The Law School: The University of Chicago, John M. Olun Law & Economics Working Paper N.º 209 (2D Series)*. Consulta: 25 de marzo de 2018.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=536322](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=536322)

ERP, Sjeff van.

2003 «A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?» *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 7.2, June.

---

2009 «From “classical” to modern European property law?» *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus/Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*. Athens/Brussels: Ant. A. Sakkoulas-Bruylant, pp. 1517-1533/1-22 (version web).

---

2013 «Contract and Property Law: Distinct, but not separate». *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*. Working paper N.º 2013/14, pp. 1-18.

---

2017 «Ownership of data and the Numerus Clausus of legal objects». *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*. Working paper N.º 2017/6, pp. 1-23.

FRENCH, Susan.

1982 «Toward a Modern Law of Servitudes: Reweaving the Ancient Strands». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1261-1319.

GABRIELLI, Enrico.

2017 «El nuevo Código Civil argentino y las garantías reales». En: *Ius 360º*. Consulta: 04 de setiembre de 2017.

<http://ius360.com/columnas/el-nuevo-codigo-civil-argentino-y-las-garantias-reales/>

GAMBARO, Antonio.

2008 «I Diritti Reali come categoria ordinante». En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto (Editores). *Trattato dei Diritti Reali*. Vol. I. Milano: Giffre Editore, pp. 3-28.

GORDILLO CAÑAS, Antonio.

1998 «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular». *Anuario de Derecho Civil*. N.º LI-2, abril.

GUARNERI, Attilio.

2011 «Superficie e nuovi Diritti Connessi». En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto (Editores). *Trattato dei Diritti Reali*. Vol. II. Milano: Giffre Editore, pp. 1-78.



- GUZMÁN BRITO, Alejandro.  
2003 «Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”». *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*. Valparaíso, N.º XXV, Vol. 25, pp. 407-443.
- HARDIN, Garret.  
1968 «The Tragedy of the Commons». *Science*. New Series, Vol. 162, N.º 3859, pp. 1243-1248.
- HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier.  
2002 «Property, Contract, and Verification: The *numerus clausus* problem and the divisibility of rights». *Journal of Legal Studies*. Vol. 31 (junio 2002), pp. S373-S420.
- HANSMANN, Henry y MATTEI, Ugo.  
1998 «The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis». *New York University Law Review*. Vol. 73, pp. 434-479.
- HELLER, Michael.  
1999 «The Boundaries of Private Property». *The Yale Law Journal*. Vol. 108, N.º 6, pp. 1163-1223.
- 
- 1998 «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets». *Harvard Law Review*. Vol. 111, N.º 3, pp. 621-688.
- HOHFELD, Wesley Newcomb.  
1913 «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning». *Yale Law Journal*. N.º 23, pp. 16-59.
- JACOB, Bernard.  
1982 «The Law of Definite Elements: Land in Exceptional Packages». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1369-1401.
- KENNEDY, Duncan y MICHELMAN, Frank.  
1980 «Are Property and Contract Efficient?» *Hofstra Law Review*. Vol. 8:711, N.º 3, pp. 712-770.
- KLAPLOW, Louis.  
1992 «Rules versus Standards: An Economic Analysis». *Duke Law Journal*. Vol. 42, N.º 3, pp. 557-629.
- LEHAVI, Amnon.  
2009 «The Standards of Property». *Social Science Research Network Electronic Journal (SSRN)*. Consulta: 20 de agosto de 2017.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1467087](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467087)
- 
- 2010 «The Dynamic Law of Property: Theorizing the Role of Legal Standards». *Rutgers*

*Law Journal*. Vol. 42, pp. 81-140.

LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna.

2003 «The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law». *New York University Law Review*. Vol. 78, pp. 1669-1754.

MALONEY, John P.

1937 «Restatement of the Law of Property». *St. John's Law Review*. Vol. 12 (XII), N.º 1, pp. 1-21.

MEJORADA CHAUCA, Martín.

2014 «Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*». *Themis: Revista de Derecho*. N.º 66, pp. 177-182.

MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto.

2018 «Apuntes sobre la codificación brasileña del siglo XIX: Augusto Texeira de Freitas». *Materiales del curso de Derecho Privado II de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: PUCP, pp. 1-16 (texto en pdf).

MERRYMAN, John Henry.

1963 «Policy, Autonomy, and the *Numerus Clausus* in Italian and American Property Law». *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 12, N.º 2, pp. 224-231.

MERWE, Cornie van der.

2002 «*Numerus Clausus* and the development of new real rights in South Africa». *South African Law Journal*, pp. 803-815.<sup>95</sup>

MEZZANOTTE, Francesco.

2012 «The Interrelation Between Intellectual Property Licenses and The Doctrine of *Numerus Clausus*. A Comparative Legal and Economic Analysis». *Comparative Law Review*. Vol. 3, N.º 2, pp. 1-42.

---

2013 «“Liberté Contractuelle” e “Droits Réels” (A Proposito di un Recente Dialogo tra Formanti Nell’Ordinamento Francese)». *Rivista di Diritto Civile*. Padova, Vol. 59, N.º 4, pp. 857-873.

MICHELMAN, Frank.

1967 «Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law». *Harvard Law Review*. Vol. 80, N.º 6, pp. 1165-1258.

---

1982 «Ethics, Economics, and the Law of Property». En: PENNOCK, J. Ronald & CHAPMAN, John W. (Editores). *NOMOS XXIV: Ethics, Economics, and Law 3*. New York: New York University Press. Para el presente trabajo se ha tenido a

---

<sup>95</sup> Para la presente investigación se ha tenido a la vista la versión digital publicada en el portal web de la Universidad de Aberdeen. Consulta 15 de diciembre de 2018.

<http://aura.abdn.ac.uk/bitstream/handle/2164/45/040929-003.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

la vista la reedición publicada por la *Tulsa Law Review* (2004). Vol. 39, pp. 663-690). Consulta: 25 de marzo de 2018.

<https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol39/iss3/10/>

MILLER, Carey y POPE, Anne.

2000 «South African Land Reform». *Journal of African Law*. Vol. 44, N.º 2, pp. 167-194.

MOLOTO, Justice.

1994 «South African Legal Reform After April 1994». *NCJ Int'L & Com. Reg.* 653. Vol. 26, pp. 653-692.

MORELLO, Umberto.

2008 «Tipicità e *numerus clausus* dei Diritti Reali». En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto (Editores). *Trattato dei Diritti Reali*. Vol. I. Milano: Giffre Editore, pp. 67-212.

MOSTERT, Hanri y VERSTAPPEN, Leonardus.

2015 «Practical Approaches to the Numerus Clausus of Land Rights: How Legal Professionals in South Africa and the Netherlands deal with Certainty and Flexibility in Property Law». En: BARR, Warren (editor). *Modern Studies in Property Law*. Vol. 8. Oxford/Portland: Hart Publishing Ltd., pp. 351-371.; o, en: *Social Science Research Network Electronic Journal* (SSRN). Consulta: 20 de agosto de 2017.<sup>96</sup>

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2572838](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2572838)

MOSTERT, Hanri.

S/f «Between Regimentation and Customisation: Systems of Land Burdens and the *Numerus Clausus* in Property Law». *Loyola University of New Orleans*. Draft paper N.º 07. Consulta: 15 de diciembre de 2018.

<http://law.loyno.edu/sites/law.loyno.edu/files/Mostert-SouthAfricaNumerusClausus-Article-Draft7-ForComment.pdf>

MURILLO, María de los Ángeles.

1997 «Numerus Clausus vs. Numerus Apertus. ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia?». *Revista Jurídica del Perú*. Lima, vol. 47, N.º 10, pp. 103-116.

NIETO, Alejandro.

1962 «Evolución Expansiva del concepto de la Expropiación Forzosa». *Revista de administración pública*. N.º 38, pp. 67-124.

PARISI, Francesco.

2002 «Entropy in Property». *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50, N.º 3, pp. 595-632. Para la presente investigación se ha tenido a la vista la versión digital (pp. 1-55) publicada por George Mason University School of Law. Consulta: 25

---

<sup>96</sup> Para el presente trabajo se ha tenido en cuenta la versión digital de la SSRN.

de marzo de 2018.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=264315](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=264315)

PARISI, Francesco, DEPOORTER, Ben y SCHULZ, Norbert.  
2005 «Duality in Property: Commons and Anticommons». *International Review and Economics*. Vol. 25, N.º 4, 2005; *George Mason Law & Economics Research Papers Series* N.º 00-32; *University of Virginia Law & Economics Research Papers Series* N.º 00-16. Para el presente trabajo se ha tenido a la vista la versión digital de la George Mason University School Law. Consulta: 25 de marzo de 2018.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=224844](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224844)

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.  
2015 «Análisis crítico del sistema español de *numerus apertus* en materia de derechos reales». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria*. N.º 751, pp. 2665-2734.

RADFORD, R.S.  
1999 «Takings and transferable development rights in the Supreme Court: The Constitutional Status of TDRs in the Aftermath of *Suitum*». *Stetson Law Review*. Vol. XXVIII, pp. 685-699.

REICHMAN, Uriel.  
1982 «Toward a Unified Concept of Servitudes». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1177-1260.

ROMEO, Christian.  
2011 «Obbligazioni Propter Rem». En: GAMBARO, Antonio y MORELLO, Umberto (Editores). *Trattato dei Diritti Reali*. Vol. II. Milano: Giffre Editore, pp. 387-422.

ROSE, Carol.  
1982 «Servitudes, Security and Assent: Some Comments on Professors French and Reichman». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1403-1416.

1986 «The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property». *The University of Chicago Law Review*. Vol. 53, N.º 3, pp. 711-781.

SCOTT, Susan.  
2010 «A comparison between Belgian, Dutch and South African law dealing with pledge and execution measures». *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 43, N.º 1, pp. 93-117.

SINGER, Joseph William.  
2009 «Democratic Estates: Property Law in a free and democratic society». *Cornell Law Review*. Vol. 94, pp. 1009-1062.

SIRGADO DÍAZ, Emil.  
2014 «El Negocio Jurídico, la Abstracción y el Derecho Civil Alemán». *Revista de Derecho de la Universidad de Chile: Escuela de Posgrado*. N.º 6, diciembre 2014, pp. 49-

- SMITH, Henry E. y MERRILL, Thomas W.  
2000 «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle». *Yale Law Journal*. Vol. 110, N.º 1, pp. 1-70.
- SMITH, Henry E.  
2000 «Semicommon property rights and scattering in the open fields». *The Journal of Legal Studies*. Vol. 29, N.º 1, pp. 131-169.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel.  
2013 «Eficacia de las limitaciones estatutarias en los complejos inmobiliarios frente a actos amparados en licencia urbanística». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 89, N.º 737, pp. 2076-2085.
- STURLEY, Michael.  
1982 «The “Land Obligation”: An English Proposal for Reform». *Southern California Law Review*. Vol. 55, pp. 1417-1447.
- SWADLING, William.  
2000 «Property: General Principles». En: BIRKS, Peter (Editor). *English Private Law*. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, pp. 203-384.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y BRANDI TAIANA, Maritel.  
2002 «Derecho de superficie Forestal». *Revista del Notariado*. N.º 868, abril-junio 2002, pp. 17-25.
- WAAL, Marius de.  
1999 «Numerus Clausus and the development of new real rights in South African Law». *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 3.3, December. Consulta: 15 de diciembre de 2018  
<https://www.ejcl.org/33/abs33-1.html>
- WINOKUR, James.  
1989 «The Mixed Blessings of Promissory Servitudes: Toward Optimizing Economic Utility, Individual Liberty, and Personal Identity». *Wisconsin Law Review*. Vol. 1, pp. 1-97.
- ZIFF, Bruce.  
2012 «Yet Another Function for the Numerus Clausus Principle of Property Rights, and a Useful One at That». *Social Science Research Network Electronic Journal (SSRN)*. Consulta: 20 de agosto de 2017.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2026088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2026088)
- ZIEGLER, Edward.  
1996 «Transfer Development Rights and Land Use Planning in the United States». *The Liverpool Law Review*. Vol. XVIII (2), pp. 147-166.

**c) Tesis**

AKKERMANS, Bram.

2008 *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*. Tesis para obtener el grado de Doctor (PhD). Maastricht: Maastricht University, Faculty of Law.

FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés.

2010 *¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales “Numerus Clausus”?* Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

GAMARRA-ALAYZA, Fernando.

2017 *¿Es constitucional el sistema de numerus clausus que rige a los derechos reales en el Perú?* Tesis para obtener el título de Abogado. Piura: Universidad de Piura.

THERIAULT, Leah Marie.

2011 *A User Innovation Theory of the Numerus Clausus*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas (S.J.D.). Toronto: University of Toronto, Faculty of Law.

**d) Otros**

MINISTERIO DE CULTURA.

2017 *Altura para la Cultura*. Lima: Ministerio de Cultura.  
Consulta: 5 de julio de 2018.

<http://repositorio.cultura.gob.pe/bitstream/handle/CULTURA/569/ALTURA%20CULTURA.pdf?sequence=3&isAllowed=y>