
NUMERUS CLAUSUS VS. NUMERUS APERTUS: *¿CUÁL ES EL SISTEMA QUE CONDUCE A LA EFICIENCIA?*

Maria de los Ángeles Murillo

Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima.

Colaboró en la elaboración del presente artículo Rita Villanueva Meza, alumna del décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

1 INTRODUCCIÓN

La mayoría de los países que acogen el sistema romano-germánico –entre los que se encuentra el Perú– han adoptado el sistema de *numerus clausus* en lo que respecta a los derechos reales.

El artículo 881 del Código Civil peruano consagra el sistema de *numerus clausus*. Esta norma señala que son derechos reales los regulados en el propio Código y en otras leyes –tales como la ley de minería, la ley de hipoteca posesoria, entre otras.

El presente artículo tiene como finalidad analizar, a la luz del análisis económico del derecho, la conveniencia de tener un sistema cerrado o un sistema de número abierto de derechos reales.

2 EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El *nuevo análisis económico del derecho* tiene entre sus precursores a Ronald Coase (premio Nóbel de economía), Guido Calabresi y Richard Posner, quienes fueron los pioneros en aplicar el análisis económico sistemáticamente a las distintas áreas

del derecho¹.

Esencialmente, el análisis económico del derecho consiste en el análisis económico de las instituciones jurídicas y de las normas (positivas o no) que las regulan.

La economía, definida como la ciencia de la libre elección en una sociedad de recursos escasos y limitados, analiza al hombre como ser racional maximizador de beneficios y minimizador de costos en sus decisiones materiales o espirituales.

La finalidad del análisis económico del derecho es comprobar si el sistema jurídico crea las condiciones necesarias favorables para lograr la *eficiencia* económica, entendida ésta como la asignación de recursos a los usos más valiosos, maximizando beneficios².

Es indispensable conocer el concepto de eficiencia en términos económicos para poder arribar a un mayor entendimiento de lo que el análisis económico pretende alcanzar. "La eficiencia no es otra cosa, según el óptimo de Pareto: un estado en el cual no es ya posible reasignar el uso de recurso alguno, de manera que algún individuo gane sin que otro pierda. El término eficiencia económica (...) se refiere al logro del máximo valor total de los bienes escasos utilizados en su producción, valores que se establecen en función de las preferencias personales de los individuos implicados. En un entorno social, la eficaz asignación de recursos se identifica con el lo-

gro de una situación de tipo paretiano."³

El método del análisis económico del derecho permite analizar la eficiencia a la que conducen las instituciones jurídicas; evalúa si la norma jurídica crea condiciones que acerquen al sujeto de derecho al óptimo o lo alejen de él. En otras palabras, analiza si mediante el sistema jurídico se obtienen mayores beneficios o muchos costos.

Los beneficios de una norma —y del derecho en general— se miden a través de su eficiencia, la cual se logra con el libre intercambio de bienes y servicios. Cuando los recursos se transfieren libremente, existirá un incremento neto en la eficiencia, puesto que el negocio jurídico no se hubiera realizado si ambas partes no hubiesen estado de acuerdo con mejorar su situación anterior. Justamente éste fue el hallazgo de Adam Smith, el cual es expuesto en su obra *La riqueza de las naciones*. Smith considera que todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria ningún intercambio se llevará a cabo a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio⁴.

Cuando el intercambio es puramente voluntario (vía el sistema contractual) y no está restringido —salvo por el orden público— en una sociedad de hombres libres y bajo el impulso de los intereses individuales y de cooperación social, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorienta-

1. Al respecto, pueden verse: COASE, Ronald. "El problema del costo social", en: *Journal of Law and Economics*, octubre 1960, pp. 1-44; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* (2a. ed.). Boston y Toronto: Little Brown and Company, 1977; y TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.

2. Puede consultarse: HIRSCH, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de economía* (4a. ed.). Unión Editorial, 1980.

3. CHEUNG, Steven N. S. *El mito del costo social. Crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas*. Instituto de Economía de Mercado y Unión Editorial, 1986, pp. 45-44.

4. SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones* (2a. ed.). Madrid: Aguilar, 1961, p. 395.

dos hacia los campos de mayor utilidad social (eficiencia económica)⁵.

2.1 *Las leyes de Coase y los costos de transacción*

El análisis económico del derecho descansa sobre postulados formulados por Ronald Coase. Siguiendo a Enrique Ghersi, de aquellas hipótesis se pueden extraer "dos conclusiones fundamentales que son conocidas por la literatura especializada como las leyes de Coase. A saber: (...) hay normas más eficientes que otras según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo.(...) Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico: abaratar los costos de transacción"⁶.

Este enfoque permite medir, además, el grado de permisibilidad dado por la norma de derecho a los agentes económicos o sujetos de derecho. Se verifica si existe completa libertad para llegar a situaciones más eficientes. Dicha libertad se consigue y se goza plenamente abaratando los costos de transacción.

Los *costos de transacción* no son otra cosa que los costos de emplear el mercado; son los costos (como por ejemplo, el tiempo y la información) para llegar a celebrar contratos que nos conduzcan a situaciones cada vez mejores.

Las situaciones individuales eficientes redundan finalmente en un bienestar de la sociedad. La suma de una mayor eficiencia individual genera un mayor bienestar de todos. "El individuo es el mejor juez de su propio bienestar y (...) el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen."⁷.

Y cuando una norma permite gozar ampliamente del derecho de propiedad, se alcanza el más libre y posible intercambio de bienes y servicios; ello se logra a través del sistema contractual, contribuyendo a alcanzar la eficiencia. Al respecto, Pejovich señala: "El contrato es el medio por el que los derechos de propiedad afectan el comportamiento económico. Todo intercambio de bienes implica transferencias de algunos derechos de propiedad específicos, es decir, implica un equilibrio contractual."⁸.

2.2 *El sistema de numerus apertus y el análisis económico del derecho*

Díez-Picazo se pronuncia en favor del *numerus apertus* para la creación de derechos reales; sin embargo, encuentra necesario que el derecho creado responda a una función económica social. "... Es menester que la función económica social que con la constitución del derecho se trate de conseguir exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo, y que lo impongan así la legítima utilidad que se trata de obtener y la naturaleza de esta utilidad en relación con los bienes de que ella constituyan objeto"⁹.

La legítima utilidad estará dada por la eficiente asignación de los recursos, que traerá beneficio económico no sólo al titular del derecho, sino -por la suma de provechos- a la sociedad en su conjunto.

De acuerdo a los postulados del análisis económico del derecho se intentará, a través de este estudio, analizar los efectos económicos del sistema de número cerrado para los derechos reales, frente al de número abierto o *numerus apertus*.

5 LEPAGE, Henri. *¿Por qué la propiedad?* Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1965, p. 96.

6 GHERSI SILVA, Enrique. "El costo de la legalidad". En: *Separate del Centro de Estudios Públicos* 30, 1988.

7 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnis, 1987, p. 26.

8 PEJOVICH, Svetozar. *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 22.

9 DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil párrafo II*. Madrid, 1978, pp. 99-101.

Se determinarán los costos y beneficios que otorgan a la sociedad tanto un sistema como el otro. Finalmente concluiremos, de acuerdo a este análisis, cuál es el sistema más eficiente, cuál otorga mayores beneficios que costos permitiendo una mejor asignación de recursos a través de la libertad contractual en la creación de los derechos reales.

3 EL SISTEMA DE NÚMERO CERRADO EN LOS DERECHOS REALES

La mayoría de la doctrina es defensora del sistema de *numerus clausus*. En el Perú el artículo 881 del Código Civil recoge la teoría restrictiva en la creación de derechos reales. Para el ordenamiento jurídico peruano son derechos reales los regulados en el libro V del Código Civil y en otras normas con rango de ley. Se consideran los siguientes argumentos como justificantes de la adopción de este sistema.

3.1 *El orden público justifica que sean los legisladores los que establezcan los derechos reales*

El más fuerte argumento de los defensores del número cerrado es el orden público. Según la mayor parte de la doctrina, los principios que fundamentan el sistema de *numerus clausus* son el orden público y el riesgo del ejercicio abusivo del derecho. A ello se debe la supuesta necesidad de mantener un sistema cerrado de derechos reales. "La razón de esta limitación es la de impedir la desnaturalización de las instituciones y proteger las figuras existentes, dado que todo ello integra la noción de orden público."¹⁰

10. MASH VON HUMBOLDT, Lucrécia. *Los derechos reales*. Lima, 1980, p. 14.

Albaladejo advierte que: "... la constitución de derechos reales presenta un interés no limitado, como la de los de crédito, a los intervinientes, sino general o colectivo, ya que los bienes circulan en el tráfico jurídico y pasan a manos de otras personas con aquellos derechos sobre sí; y que por esa razón debe sustraerse a la autonomía de la voluntad la posibilidad de establecer derechos reales que el ordenamiento no acoja"¹¹.

Lafaille sostiene que la enumeración taxativa de los derechos reales no llega a clausurar la lista de categorías, puesto que siempre el Estado, por sus órganos autorizados, podrá instituir otras nuevas. Los hermanos Mazeaud sostienen que: "la definición de los derechos reales corresponde al legislador, por concurrir en ellos una persona con poderes sobre una cosa, mientras que en los derechos obligacionales o personales la voluntad de los sujetos de las relaciones jurídicas tiene libertad para crear diversos vínculos de derecho que no pueden caber en una enumeración taxativa"¹².

3.2 *La facilidad de la labor registral y la seguridad jurídica*

Además, sostienen sus defensores que el sistema limitativo resulta ser el más acorde con la naturaleza de los derechos reales, ordenándose –asimismo– el derecho en categorías bien definidas, evitándose –en consecuencia– la floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido, facilitándose la labor registral y finalmente manteniéndose la seguridad jurídica.

11. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil. Derecho de Bienes*. Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1994, t. III, vol. 1, p. 32.

12. CUADROS VILLENA, Ferdinand. *Derechos reales*. Lima: Editorial Guano, 1994, p. 38.

3.3 *Los derechos reales atípicos siempre encajan en alguna de las figuras ya establecidas por los legisladores*

Los defensores del *numerus clausus* afirman que los derechos reales clasificados por los defensores del *numerus apertus* como atípicos, en realidad siempre son encajables en las figuras preestablecidas, es decir, dentro de los derechos reales típicos. Al respecto, cabe señalar dos observaciones, según lo sostiene Albaladejo:

- A. El sistema del *numerus clausus* tiene su razón de ser en la necesidad, por razones de orden público, de limitar la creación de los derechos reales a los permitidos por la ley. Sin embargo, dicho propósito parece ser fácilmente burlado al poderse encajar cada nueva figura, que los particulares creen, dentro de los tipos legales ya establecidos. Si esto es así, resulta que el sistema de *numerus clausus* ha perdido su razón de ser.
- En ese sentido, el *numerus clausus* habría perdido su funcionalidad, ya que finalmente la autonomía de la voluntad de los particulares podrá siempre imponerse como derecho real, aunque de modo disfrazado, vistiéndose con el ropaje de un derecho real típico.
- B. Forzar los tipos legales, de manera que puedan encajar en ellos distintas figuras novedosas, resulta perjudicial al sistema jurídico y termina por desnaturalizar los tipos legales y por trabar el desarrollo de la ciencia jurídica y la mejor asignación de recursos en la sociedad.

4 EL SISTEMA DE LISTA ABIERTA: ARGUMENTOS PARA SU ADOPCIÓN

4.1 *La autonomía de la voluntad y la creación de nuevos derechos reales*

Rojina Villegas se pregunta si *pueden crearse por contrato derechos reales distintos de aquellos que la ley enumera*. Concluye que esta cuestión no ha sido enfocada debidamente, ni mucho menos se ha resuelto desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Aplicando dicho sistema, Rojina ejemplifica su argumento afirmando que si se podría crear un derecho real que sea de tipo intermedio entre el uso y el usufructo, como por ejemplo, la percepción de frutos.

¿Sería posible pactar un derecho real que consista en otorgar el derecho de disposición de los frutos, pero que se reserve la facultad de uso? Si se interpreta conforme al artículo 881 del Código Civil peruano, esta figura no se encuadra, en estricto, dentro de ninguno de los derechos reales; por tanto, podría prohibirse. Esto ataca la libertad de contratación, pues no se permite la asignación de recursos hacia los usos más valiosos.

Comenta también Albaladejo —uno de los mayores defensores del sistema de *numerus apertus*— que los derechos reales típicos no son los únicos posibles. "... Junto a ellos (y, se sobreentiende, siempre que se cumplan los requisitos legales adecuados al derecho real en general y se trate verdaderamente de que se establezca un poder directo e inmediato sobre una cosa, y no sólo de que las partes así lo digan o califiquen de derecho real a la figura que creen) caben, en principio, cualesquiera otros derechos reales concretos que los particulares quieran establecer, creando

otras variedades (bien totalmente originales, si ello es prácticamente posible, bien mezclando elementos de los ya existentes o modificando en éstos los normales) de poderes directos sobre cosas.¹³

Los particulares pueden establecer derechos reales atípicos en el uso de la autonomía de su voluntad, principio general de la teoría de los contratos.

Según Highton, en una situación intermedia puede considerarse que el *numerus apertus* permite la creación de nuevos tipos de derechos reales que han adquirido, primero, tipicidad social y, luego, jurídica a través de la costumbre; y de otra parte, que haya una gran libertad en la determinación del contenido de algunos de los tipos legales aceptados¹⁴.

El sistema de *numerus apertus* es compatible con la idea de "derecho" generado de manera espontánea a partir de la natural inclinación del hombre a buscar su propio provecho a través de los intercambios voluntarios con otros hombres. Dichos intercambios crean tipos contractuales que se hacen consuetudinarios y que después el legislador, vía un proceso de descubrimiento, incorpora en ley. Hayek sostiene que: "en el caso de ciertos fenómenos sociales, tales como el lenguaje o el derecho, se reconoce generalmente en la actualidad el hecho de que poseen un orden que nadie ha diseñado deliberadamente y debemos descubrir. En estos campos por fin nos hemos librado de la ingenua idea de que todo arreglo ordenado de elementos que ayuda al hombre en la persecución de sus fines debe atribuirse a un creador personal. En una época se creía que todas las instituciones útiles para las relaciones de los seres humanos, tales como el lenguaje,

la moral, la ley, la escritura y el dinero, se debían a un inventor o a un legislador o a un acuerdo explícito de sabios que acordaron ciertas prácticas útiles..."¹⁵.

Efectivamente, el derecho no se crea, sino que se descubre del quehacer diario, de la costumbre, de la cotidianeidad, de la sucesión espontánea de hechos fruto de decisiones racionales. Por ello, difícilmente se podrán encasillar en un número limitado los derechos reales, dado el dinamismo de las relaciones intersubjetivas.

Ferdinand Cuadros Villena—autor peruano— dice que se puede hacer una interpretación extensiva del artículo 881 del Código Civil, en el sentido de que califica como derechos reales a los regulados en el libro que los contiene y en otras leyes, lo cual no implica que los no regulados no lo sean o no puedan serlo. Al respecto, señala como ejemplo la interpretación que en ese sentido se hizo del Código francés de 1804, el mismo que, al contener un vacío al respecto, se interpretó propiciando la libertad de la voluntad para crear cualquier forma de derechos reales¹⁶.

En el Perú, la norma omite decir expresamente que por acto jurídico no pueden crearse derechos reales. Sin embargo, es claro que la intención del legislador fue la de establecer el sistema de *numerus clausus*.

4.2 El sistema de *numerus apertus* reduce los costos de transacción

Subrogar al Estado en la voluntad de los agentes económicos de una sociedad libre implica distorsionar el mercado en la asignación eficiente de recursos. Trae consigo la pérdida de tiempo y dinero tratando de conseguir favores políticos para la creación

13 ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., p. 29.

14 HIGHTON, Flora. *Limitaciones de derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc S. R. L., 1989.

15 HAYEK, Friedrich. *El orden de la libertad*. Tall. Guatemala, 1992, p. 30.

16 CUADROS VILLENA, Ferdinand. Op. cit., p. 54.

de derechos nuevos por parte del Estado. Éste fue el caso de personas que pretendían invertir en la multipropiedad o propiedad de "tiempo compartido" cuando esta figura aún no era regulada en la legislación peruana. Así se consiguió, primero, la dación de un ineficiente decreto supremo y, finalmente, de un decreto legislativo.

La norma del Código Civil discrimina a la mayoría de las personas —que no tienen acceso al poder político— en favor de reducidas minorías que a través de un mercantilismo político podrán lograr la creación por ley de un derecho real para su beneficio. Suponer que el Estado sabrá detectar cuáles son las demandas y necesidades de las personas para la creación de derechos reales, es una quimera.

La hipoteca posesoria, de distinto origen que la multipropiedad, nació como resultado de la propiedad informal. Los llamados "propietarios informales" no contaban con garantías suficientes para acceder al sistema financiero; sin embargo, la creación de este derecho real no hubiera sido posible sin la intervención política de una organización no gubernamental.

La necesidad de creación de nuevos derechos reales emana de la evolución de las sociedades, de sus medios de intercambio, del avance de la tecnología, de la demografía y de un sinnúmero de factores tan dinámicos que no podrán ser percibidos más que por los actores protagonistas del mercado.

Es característica fundamental de la sociedad y del mercado el difícil acceso a la información para asignar correctamente los recursos. Esta enorme y variable información es imposible de ser percibida completamente por los sujetos de derecho. En sistemas codificados —como es el caso del Perú— los legisladores no están en la aptitud de conocer todas las necesidades de los agentes económicos. El derecho codifi-

cado sólo debe limitarse a establecer las condiciones dentro de las cuales pueden crearse los derechos reales. En este sentido, Bruno Leoni sostiene que: "tanto los legisladores, como los que dirigen una economía centralizada, no son otra cosa que simples individuos como todos nosotros; que ignoran el noventa y nueve por ciento de lo que sucede alrededor de ellos, en cuanto se refiere a las verdaderas transacciones, acuerdos, actividades, sentimientos y convicciones de la gente"¹⁷.

Los derechos reales constituyen las relaciones jurídico-patrimoniales de las relaciones sociales establecidas con motivo del aprovechamiento económico de los bienes. El dejar abierta la posibilidad de creación de derechos reales contractualmente, implica que la propiedad y sus atributos podrán ser ejercitados de acuerdo a su mayor y más eficiente aprovechamiento económico. Nadie, sino los propios individuos, sabrá mejor cómo regular sus propios intereses —definición moderna de los contratos— y cuáles son los alcances del contenido de los derechos reales. Como cualquier negocio jurídico, siempre deberán respetar el orden público y deberán enmarcarse dentro de los principios generales del derecho.

Albaladejo deja entender que resulta absurdo clasificar a los derechos como reales sólo porque la ley así lo dispone, o dejar de admitirlos como tales porque ella no los contempla. Los derechos deben ser considerados en su esencia, no porque la ley les atribuya tal carácter, sino por cuanto efectivamente lo sean. Si un derecho reúne las características de un derecho real, aun si la ley no lo contempla como tal, este derecho es real.

17 LEONI, Bruno: *En libertad y la ley*. Buenos Aires: Centro de Estudios sobre la Libertad, 1961, pp. 41-42.

4.3 *Riqueza y dinamismo de las exigencias sociales: tipicidad social*

Otra cuestión que Albaladejo considera importante es que en la práctica sea difícil crear figuras absolutamente nuevas de derecho real, dado que las existentes abarcan de hecho los atributos posibles. Sin embargo, esto no es razón para impedir la creación de nuevos derechos reales a la luz de la riqueza y dinamismo de las exigencias sociales.

Para Albaladejo, el crear derechos reales depende de la voluntad de los interesados y no del simple nombre que den al derecho de que se trate. Depende de su voluntad, en el sentido de que pueden obligarse otorgando determinado poder directo e inmediato sobre el bien, aunque no esté regulado en la ley. Lo que no pueden hacer las partes es llamar derecho real a uno que *objetivamente* no otorgue el poder directo o inmediato sobre la cosa.

Ahora bien, en opinión de Albaladejo, el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad y no sólo a los particulares que los establecen, y que por eso su lista no debe ser abierta, es un argumento que, incluso teniendo cierto peso, no es suficiente para desbancar el sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca. Porque además, por un lado, el argumento que combate sólo es verdad en cierto sentido, y por otro, no se trata de que la libertad de establecer derechos reales carezca de todo límite, sino de que sólo tenga los que sean necesarios, mas no que su limitación consista en suprimirla¹⁸.

Según Lepage, los derechos de propiedad (derechos reales) no son en sí mismos

más que un conjunto de atributos que pueden ser descompuestos en una infinidad de derechos elementales. No es solamente el conjunto lo que es libremente negociable, cuando hay venta pura y simple (transferencia de derecho de propiedad), sino cada uno de esos derechos elementales. No es verdad que la explotación directa sea estrictamente necesaria y, en todas las circunstancias, la fórmula socialmente eficaz. Sólo el libre funcionamiento del mercado (autonomía plena de la voluntad), es decir, el respeto a la libertad de las partes para elegir en competencia con los demás el tipo de contrato que mejor se adapte a sus intereses, puede decirnos *a posteriori* cuál es, en cada circunstancia, la fórmula más favorable. Suprimir esta libertad, o simplemente reducirla, significaría privar a la colectividad de las mejoras de la productividad y de las posibilidades de especialización que se pueden obtener de un sistema de elección flexible, y restringiría además la capacidad de las partes para hacer el uso más apropiado de sus competencias y de sus conocimientos¹⁹.

Rojina Villegas establece que, conforme al sistema jurídico mexicano, los tipos estructurados en la ley para las distintas figuras jurídicas, trátese de contratos o de derechos reales, no son formas limitadas —de tal suerte que la ley hubiera agotado exhaustivamente todas las posibilidades jurídicas al respecto—, sino que se trata sólo de formas que el legislador ha estructurado dada su conocida tradición jurídica y su frecuente uso, pero así como se admiten los contratos innominados para crear formas contractuales en materia de obligaciones, cabe admitir esta misma categoría respecto de los derechos reales aplicando el

18 ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., pp. 32-33.

19 BOCCA SASTRE Y BOCCA SASTRE, Manuél. *Derecho Innominato*. Barcelona: Editorial Bosch S. A., 1979. I, 2.

artículo 1858 del Código mexicano, que dice:

"Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento." (Artículo similar al 1353 del Código Civil peruano.)

Al igual que en el campo de los derechos obligacionales, la autonomía de la voluntad debiera tener un rol protagónico en la creación de los derechos reales. Díez-Picazo no critica el *numerus apertus* en cuestión de derechos reales; este autor se limita a señalar los argumentos de uno y otro lado, afirma lo que la ley señala y su tendencia parece ser la de unificar hasta cierto punto los regímenes reales y obligacionales, con lo que evidentemente, y producto de un simple razonamiento lógico, termina por pronunciarse en favor del *numerus apertus* en lo que a derechos reales se refiere.

4.4 La creación de nuevos derechos reales no es ilimitada

Al igual que Albaladejo y otros autores, Díez-Picazo expone cuáles son los límites que afectan a los derechos reales en un sistema de número abierto:

"Ahora bien, reconocida la eficacia de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos reales, es claro que tiene que contar con unos límites al igual que los pone la ley en materia de derechos de obligación. (...) Si expresamente así lo han manifestado, lo que hay que ver es si se respetan los límites de la autonomía de la voluntad. Pero si lo único que han hecho ha sido la manifestación de unos propósitos empíricos y la instrumentación jurídica adecuada, sin puntualizar que los efectos

que se quieren deben ser o no reales, la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales, y favorecedora de los efectos meramente personales u obligacionales."²¹

El derecho positivo mexicano, por ejemplo —de acuerdo a Rojina—, sólo limita el ámbito material de los contratos por razones de imposibilidad física o jurídica, o bien para impedir que se realicen fines ilícitos, como expresamente lo declara el artículo 1831: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres, siendo ilícito el hecho que se realice violando las mismas", por cuyo motivo el artículo 2225 lo sanciona con la nulidad: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley." Normas similares encontramos, en nuestro derecho, en los artículos V (Título Preliminar), 140 (inciso 3), 219 (inciso 4), 1354 y 1355 del Código Civil peruano.

4.5 El aspecto registral no es inconveniente alguno para la adopción del sistema de *numerus apertus*

Uno de los argumentos en los que se basan quienes defienden el *numerus clausus* es el aspecto registral, el mismo que se ve enormemente facilitado funcionando dentro de un sistema de *numerus clausus* para los derechos reales. Ello, sin embargo, resulta ser vulgarmente práctico. Albaladejo dice al respecto: "... como si esta facilitación pudiese admitirse que influya en decidir aquella cuestión. Lo que sería algo así como sostener que para evitar las dificultades que a los tribunales puedan ocasionar-

21 DÍEZ-PICAZO, Op. cit., pp. 60-65.

se para fijar con exactitud la naturaleza de los contratos que se les sometían, hubiese también un *numerus clausus* de éstos²¹.

Tampoco existe –según Rojina y Roca Sastre– este inconveniente respecto al problema registral que se presentaría de adoptar el número abierto, problema que aduciría como razón el que no podrían inscribirse los derechos reales respectivos y, en consecuencia, perderían su eficacia respecto de terceros dada su falta de oponibilidad. En este sentido, Rojina hace referencia al derecho mexicano, en el sentido de que de una manera amplísima comprende la inscripción de cualquier título, acto o contrato por virtud de los cuales se adquiere, trasmite, modifique, grave o extinga el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles. Ahora bien, como la constitución de cualquier derecho real de tipo innominado traerá consigo la modificación y gravamen del dominio, es evidente que podrá ser objeto de inscripción en el registro público, justamente para dar cabida a todas las formas posibles, dentro de los requisitos de posibilidad y licitud que en materia de contratos deben observarse necesariamente.

Roca Sastre –por su parte–, analizando la legislación española comenta que ésta es de *numerus apertus* a fin de no obstaculizar la admisión de nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas y sociales sobrevinidas puedan exigir. Se expresa en el sentido de que en los sistemas de número cerrado también se da cabida a nuevos derechos reales a través de las cargas, que contienen una diversidad de casos posibles. Por ello, finalmente concluye que la diferencia práctica entre ambos sistemas es meramente formal²².

Rojina –citando al maestro Wolff– sostiene que incluso en el derecho alemán, que es tan formal, cabe admitir la tesis de que puedan los particulares crear formas innominadas de derechos reales a través del contrato.

En el sistema alemán el registro es una condición necesaria para la constitución del derecho real; al hablarse en general de un acuerdo entre disponente y adquirente, y al considerarse que se trata de un contrato abstracto, independiente del negocio causal que le da base, no se desprende de toda esta estructura jurídica que los particulares estén limitados respecto a la constitución de los derechos reales.

Díez-Picazo considera necesaria la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, así como que se cumplan los requisitos de forma exigibles para el acceso al registro.

De acuerdo al inciso primero del artículo 2019 del Código Civil peruano, son inscribibles los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

Asimismo, el artículo 926 del Código Civil peruano establece que las restricciones de la propiedad establecidas por pacto, para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse.

Con esto, siguiendo a Roca Sastre se puede decir que el número cerrado en el sistema peruano respecto a los derechos reales es relativo, por cuanto se faculta la modificación de derechos reales, así como la inscripción de la propiedad que limite el derecho de propiedad, partiendo de la voluntad contractual.

Esto importa un avance en cuanto al respeto a la autonomía de la voluntad y en cuanto se reconoce la tendencia unificada entre los derechos reales y personales.

21 DÍEZ-PICAZO, y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil* Madrid: Tecnos, 1994, vol. III, p. 57.

22 ALBALADEJO, *Manual. Op. cit.*, p. 32.

5 TENDENCIA DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y LOS DERECHOS REALES

La doctrina clásica imputa como características de los derechos reales el *numerus clausus*, la oponibilidad *erga omnes* y el poder directo. Los presenta como susceptibles de ser lesionados por terceros. Esto no es del todo cierto. Existen derechos reales que no cumplen estrictamente con estos requisitos y, en cambio, hay derechos personales que cumplen con algunos caracteres de aquellos, como la oponibilidad, la preferencia y la persecutoriedad. Son ejemplos de ello el embargo, el arrendamiento inscrito, etc. Por ello, no hay razón para otorgarles tratamiento distinto en cuanto a la libertad de su creación.

En el mismo sentido, para Díez-Picazo la ley y la doctrina califican, de reales, derechos que no consagran un poder directo e inmediato sobre la cosa; asimismo, hay derechos calificados como personales en los que dicho poder directo e inmediato sí se da. Igualmente, hay derechos reales no lesionables por un tercero (por ejemplo, la hipoteca).

Los elementos imputados a uno u otro tipo de derechos no deben ser privativos de cada uno de ellos: "todo depende del sistema que los regule, pues ni la existencia de sujeto pasivo, ni la transmisión de la cosa, ni la doble causa, ni la inscripción registral, ni la oponibilidad a terceros, ni la preferencia, ni la acción real, ni el orden público, ni el *numerus clausus son definitorios, si bien son notas características del derecho real...*"²⁴.

5.1 La oponibilidad

No es verdad que sólo los derechos reales tienen la exclusividad de ser oponibles *erga omnes*; también lo son los derechos de crédito —como el arrendamiento inscrito—. Contrariamente, un derecho de propiedad adquirido por el solo consentimiento, puede, en algunos casos de concurso de acreedores, tener efecto únicamente entre el adquirente y el *tradens*. La oponibilidad, finalmente, dependerá del registro.

Mientras los llamados derechos personales se oponen exclusivamente al deudor, los derechos reales permitirían dirigirse contra todas las personas con la finalidad de exigirles conductas de abstención. Los terceros no están obligados a ejecutar alguna prestación para que el interés del titular del derecho real se satisfaga, sino que tienen el deber de respetar su situación jurídica. La teoría monista personalista —sostenida por Planiol— llega a "configurar el derecho real como derecho obligacional, dado que su titular lo que posee es una pretensión contra tercero para que observe una conducta de abstención sobre una cosa. La única diferencia destacable sería la extensión de los sujetos pasivos, los obligados..."²⁴.

La obligación de no interferir en la exclusividad del titular del derecho no es otra cosa que aquel deber que toda persona tiene de no traspasar la propia esfera jurídica lesionando la de los demás. "... Ello no es algo peculiar de los derechos reales, ya que los derechos de crédito han de ser respetados por los terceros que los conozcan. (...) La noción teórica del derecho real como poder directo e inmediato sobre la cosa oponible *erga omnes*, no capta por completo la realidad legislativa, ya que en

24. HIGHTON, Elms. Op. cit., p. 47.

24. PLANIOL, Manuel. *Tratado elemental de derecho civil*. Puebla (México): Editorial José Celia Jr., 1945.

el fondo son criterios de política jurídica los que determinan que determinadas situaciones tengan o no eficacia erga omnes, prescindiendo de que en ellas se detecte o no aquel poder. Se habla entonces, para salvar la pureza del concepto, de que en esa situación en la que no existe poder directo e inmediato no [hay] derecho real, sino que produce efectos reales²⁵.

Por ello, Díez-Picazo afirma que es "más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y [de situaciones] carentes de ella"²⁶. Con ello se zanjaría la discusión sobre el número cerrado para los derechos reales y el número abierto para los derechos personales, puesto que se estaría ante una sola clase de derechos, con efectos diferentes según su oponibilidad a través del registro o a través de la posesión para bienes no registrables.

Para concluir –siguiendo a Albaladejo–, aparte todo lo dicho, se puede asegurar que desde un punto de vista práctico importa poco la inmediatez o no del poder, pues lo único que preocupa es el que éste sea efectivo y que sea directamente oponible a todos, es decir, que pueda hacerse valer inmediatamente frente a cualquiera²⁷.

5.2. La teoría monista personalista

Rojina –criticando la clásica diferenciación dualista en derechos personales y reales– afirma que las relaciones jurídicas sólo pueden establecerse entre sujetos. Por esto, el derecho siempre es regulación de la conducta intersubjetiva. Por ello, no cabe hablar de los derechos reales como relaciones entre su titular y la cosa.

El objeto directo del derecho siempre ha sido, es y será la *conducta humana*.

Sólo ésta puede ser objeto de la regulación jurídica. Al respecto, Pejovich sostiene que: "los derechos de propiedad deben ser entendidos como las relaciones conductistas sancionadas que surgen como consecuencia de la existencia de bienes escasos y se refieren a su uso. Las leyes, los reglamentos y las costumbres especifican las normas de conducta referentes a los bienes escasos, que cada uno de los miembros de la comunidad deberá observar en sus interacciones con otras personas, so pena de soportar el costo de la inobservancia"²⁸.

Es gravísimo error admitir que los bienes en general son los objetos del derecho. La Escuela de la Exégesis definía al derecho real como una relación jurídica enlazada en forma directa entre una persona y una cosa. ¿Cómo si las cosas pudiesen ser sujetos pasivos o reportar obligaciones! Con ello se admitiría que el derecho es el sistema normativo encargado de regular las relaciones de los hombres con las cosas, lo cual no es concebible. El derecho es regulación de la conducta humana, y únicamente de tal conducta.

El derecho patrimonial, como conjunto de normas jurídicas que regulan relaciones de orden económico (reales o personales de los sujetos), parte necesariamente de relaciones de conducta entre dos o más personas, determinadas o indeterminadas, cuyas relaciones, a su vez, tienen por objeto intereses de orden patrimonial en tanto son valorizables.

Tanto los llamados derechos reales como las obligaciones tienen referencia indirecta con los bienes. Por consiguiente, para esta clase de facultades de orden patrimonial cabría decir que, además del objeto directo que consiste en la conducta del sujeto pasivo, determinado o indeterminado, individual o universal, existe el objeto

25 DÍEZ-PICAZO, Op. cit., p. 43.

26 Ídem, p. 43.

27 ALBALADEJO, Mismel. Op. cit., p. 17.

28 PEJOVICH, Op. cit., pp. 20-21.

indirecto, de orden secundario, conformado por los bienes (término que incluye las cosas como bienes corporales y los derechos como bienes incorporeales), ya que las conductas no pueden considerarse en abstracto, independientemente de éstos. De aquí que se hable de una referencia a aquéllos y, por consiguiente, de un objeto indirecto de esos derechos patrimoniales.

La división tradicional realizada por la doctrina jurídica clásica ha fragmentado excesivamente la realidad; pareciera que postulara la inexistencia de vinculación alguna entre ambas categorías de derechos. "... Los individuos no sólo pueden ser dueños o poseedores de cosas, sino también de sus contratos. Por consiguiente, hay un derecho real implícito en cada derecho personal, que lo vincula precisamente con el sujeto de ese derecho"²⁹. Por ello, el análisis económico del derecho entiende como *property rights* (derechos de propiedad o de apropiación) todos aquellos derechos, tanto personales como reales, "que reconocen a sus titulares la enajenabilidad y exclusividad sobre los mismos, es decir, la potestad de disponer libremente de ellos y la posibilidad de utilizarlos con exclusión de todos los demás o disfrutarlos libremente"³⁰.

Entonces, los derechos de propiedad no sólo pueden estar referidos a bienes corporales como los predios, autos, máquinas o mercancías, sino también a contratos de arrendamiento, certificados de moneda extranjera —y su atributo de libre convertibilidad—, de tal manera que es posible la burla de derechos de propiedad no sólo a través de confiscaciones, expropiaciones, sino también por medio de regulaciones sofisticadas y aparentemente inocuas, co-

mo leyes de inquilinato, congelamiento de ahorros y otras regulaciones que limitan los derechos patrimoniales, sin beneficio alguno para la sociedad³¹.

Los bienes son materia de aprovechamiento económico, pero las facultades jurídicas, es decir, las posibilidades normativas de actuar del titular, serán siempre oponibles a sujetos determinados o indeterminados y, por lo tanto, tendrán por objeto directo formas de conducta humana. Son objetos indirectos de derechos subjetivos, exclusivamente en los derechos reales y en los derechos personales con el contenido de prestaciones de dar.

El acercamiento entre los derechos reales y personales se da, por citar un ejemplo, entre el usufructo oneroso y el arrendamiento. La distinción se halla determinando el grado de potestad que tiene el usufructuario para enajenar, gravar o ceder su derecho (artículo 1002 del Código Civil peruano). En cambio, desde el punto de vista económico no se encuentra diferencia alguna; ambos se encuentran en la libertad de aprovechar el bien y en la facultad de mantener una esfera de exclusividad en su derecho.

La conclusión es, pues, que existe una tendencia de acercamiento entre los derechos reales y personales. La publicidad, generadora de *oponibilidad* o de efectos *erga omnes*, acerca a ambos derechos y acorta sus diferencias. La tendencia moderna, en realidad, se debe referir más a *derechos patrimoniales* que a las distinciones clásicas. Así se establecen reglas de derecho claras, sin prohibiciones y distinciones que no conducen a nada, pues el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad permitiendo la libre asignación de recursos escasos orientada a la maximización de beneficios.

29 DE SOTO, GHEBBI, y CHIBELLINI. *El otro aspecto* (9a. ed.) Lima, 1990, p. 204.

30 *Ibidem*, p. 204.

31 *Ibidem*, p. 204.