

Análisis crítico del sistema español de *numerus apertus* en materia de derechos reales*

Critical analysis about numerus apertus spanish system in property rights

por

LEOPOLDO L. PERALTA MARISCAL**

*Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Nacional del Sur (Buenos Aires)
Magistrado de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial
de Bahía Blanca (Poder Judicial de Buenos Aires)*

RESUMEN: En este trabajo se demuestra que el número abierto es económicamente ineficiente, en comparación con el régimen de *numerus clausus* en materia de derechos reales. En primer lugar se definen los dos regímenes posibles, *numerus clausus* y *numerus apertus*. Luego se analiza cuál es el vigente en España y el debate doctrinario suscitado al respecto. Seguidamente se exponen los argumentos empleados por la dogmática jurídica tradicional para apuntalar cada uno de los sistemas de derechos reales. Todo esto se realiza sintéticamente, pues se presupone que el lector conoce la temática y, además, existen diversas fuentes de esta información, muchas en esta prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, citadas en la bibliografía¹. Finalmente, se

* Investigación postdoctoral realizada en el Departamento de Economía Aplicada de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, como becario de la Fundación Carolina del Reino de España y el Ministerio de Educación de la Nación Argentina.

** Para comunicarse con el autor, pónganse en contacto en: peraltamariscal@derecho.uba.ar

afirma que el *numerus apertus* es un sistema de derechos reales ineficiente en comparación a su opuesto, punto que se aborda exhaustivamente.

ABSTRACT: *On this paper I demonstrate that the numerus apertus is economically inefficient, in comparison with the numerus clausus regime. First we define the two possible systems: numerus clausus and numerus apertus. Then we analyze which is the current regime in Spain, and the doctrinarian discussion in that respect. Then we explain the arguments used by the traditional scholars to defend each system. We do that synthetically, because we suppose the reader knows the subject, and also there are enough information about the topic, especially in this prestigious Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, aforementioned at the bibliography. Finally, we uphold that the numerus apertus is an inefficient system compared with its opposite, something we analyze exhaustively.*

PALABRAS CLAVE: *Numerus apertus. Numerus clausus. Derechos reales. Eficiencia economía tipos legales*

KEY WORDS: *Numerus apertus. Numerus clausus. Property rights. Efficiency economics types legal.*

SUMARIO: I. LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* Y *NUMERUS APERTUS* EN MATERIA DE DERECHOS REALES: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. EL *NUMERUS CLAUSUS*, GENÉRICAMENTE ANALIZADO. 3. EL *NUMERUS APERTUS*, ANALIZADO DESDE EL DERECHO ESPAÑOL.—II. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS DOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES, DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL: 1. PROPEDÉUTICA. 2. ARGUMENTOS DEFENSIVOS DEL *NUMERUS CLAUSUS*. 3. ARGUMENTOS DEFENSIVOS DEL *NUMERUS APERTUS*. 4. NUESTRA OPINIÓN: DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL, EL *NUMERUS CLAUSUS* ES EL SISTEMA DE DERECHOS REALES MÁS CONVENIENTE.—III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES: 1. PROPEDÉUTICA. 2. DISTINTOS TIPOS DE CONCURRENCIA QUE PUEDEN PRESENTARSE RESPECTO DE LA PROPIEDAD DE UNA COSA. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD ANTICOMÚN (O PROPIEDAD DIVIDIDA). 3. DOS DESGRACIAS SIMÉTRICAS: LA «TRAGEDIA DE LOS BIENES COMUNES» Y LA «TRAGEDIA DE LOS BIENES ANTICOMUNES». 4. EL *NUMERUS CLAUSUS* ES EL SISTEMA DE DERECHOS REALES MÁS EFICIENTE. 5. EXPOSICIÓN Y REFUTACIÓN DE LA POSTURA QUE SOSTIENE UNA MAYOR EFICIENCIA ECONÓMICA DEL RÉGIMEN DE *NUMERUS APERTUS*.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* Y *NUMERUS APERTUS* EN MATERIA DE DERECHOS REALES

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A) *Un poco de historia*

Antes de estudiar cada uno de los sistemas de derechos reales (el *numerus apertus*, en cuanto permite a la autonomía privada modelar nuevos tipos de derechos reales, y el *numerus clausus*, en tanto lo prohíbe, pues solo la ley establece cuáles son las especies posibles y su contenido), es importante repasar los antecedentes de esta problemática.

No hay datos históricos fidedignos que permitan afirmar categóricamente cuál de los dos regímenes nació primero. No obstante, es una certeza que el debate *numerus clausus* - *numerus apertus* tuvo inicio después de la Revolución Francesa, en razón de la ambigüedad del Código Napoleón sobre el punto, a pesar de que en los trabajos preparatorios quedaba claro que el sistema debía ser de número cerrado. Antes de ese hito no hubo construcciones dogmáticas que abordaran el tópico, aunque los periodos romano y feudal son de estudio imprescindible para comprender cómo nació la disyuntiva.

La propiedad civil surgió en Roma como un Derecho Absoluto, que concedió Numa Pompilio, al morir Rómulo, a favor de los jefes de familia. Representaba la máxima expresión de la libertad y el poder del *pater familiae*. No se pagaban impuestos sobre la tierra, sino solo tributos personales. No estaba sujeta a desmembración alguna, ni siquiera a servidumbres, a la sazón innecesarias dado que ninguna propiedad lindaba con la vecina, pues había un espacio intermedio de cinco pies. Los derechos reales sobre cosa ajena no existieron en la época clásica (130 a.C. – 230 d.C.); aparecieron con posterioridad debido a las exigencias de la economía y el tráfico jurídico. Los juristas romanos no distinguieron sistemáticamente los derechos reales de los personales, sino a través de las acciones dadas en su protección: *actio in rem*, que se dirigía contra quien poseyere la cosa al momento de demandar o se opusiere a la pretensión del demandante, y *actio in personam*, en que el legitimado pasivo era el deudor. Había tantas acciones como situaciones jurídicas merecedoras de tutela, y frecuentemente eran creadas por el pretor. Con base en la distinción entre las acciones de sujeto pasivo indeterminado y determinado, los glosadores elaboraron posteriormente la teoría de los derechos reales y personales. La ausencia de distinción entre derechos reales y personales demuestra que no pudo haber en Roma un *numerus clausus* de los primeros, puesto que tiene como presupuesto necesario la discriminación entre los diversos tipos de derechos. Fue el formalismo en los medios de constitución y las limitadas necesidades de entonces lo que llevó a que, de facto, el número de derechos reales fuera bastante limitado.

El periodo feudal tiene gran importancia en la temática que aquí abordamos. El feudalismo se desarrolló en la Edad Media, probablemente a partir del Tratado de Verdún (843). Su característica principal era que la tierra estaba dividida en feudos, grandes latifundios a cargo de Señores, quienes concedían territorios a sus vasallos contra la prestación de distintos servicios personales y reales sobre la propiedad. Estas relaciones se desarrollaban en el marco del contrato de feudo, que funcionaba paralelamente en dos niveles: entre el Rey y el Señor, por un lado; y entre el Señor y el Vasallo, por otro. El primero concedía territorios y protección al segundo a cambio de distintos servicios y prestaciones que le eran debidos como contraprestación. En esta época, el concepto mismo de soberanía estaba en duda, pues si bien en teoría correspondía al Rey, en la práctica era muchas veces ejercida por el Señor, quien solía no respetar el deber de sumisión que tenía frente a su Rey. El régimen de propiedad feudal limitaba las potestades sobre la tierra y la desvalorizaba como consecuencia de los distintos derechos del Señor sobre los inmuebles, quien podía exigir del vasallo diversos tipos de prestación y a la vez utilizar de muy variadas maneras la tierra cedida: para cazar, leñar, pescar, etc. La Revolución francesa acabó con todos los privilegios derivados del feudalismo. La formación de los nuevos Estados Nacionales hizo que el carácter público del régimen feudal perdiera su razón de ser, subsistiendo solo como un sistema de privilegios que deseaban destruir quienes tenían derechos limitados sobre la tierra y quienes poseían capital para invertir en ella. El tráfico inmobiliario pasó a ser libre y la soberanía se circunscribió en el Estado. Se redistribuyeron las tierras confiscadas, suprimiéndose las cargas reales y consagrándose la propiedad como un derecho inviolable. El movimiento se extendió por Europa y comenzaron a aparecer los sistemas de *numerus clausus* en materia de derechos reales, que buscaban satisfacer la exigencia de afirmación del individuo frente al Estado y permitir el desarrollo económico.

En España el feudalismo acabó en tiempos especialmente tardíos, habiéndose extendido durante casi todo el siglo XIX. Era más débil que en el resto de Europa, porque la sumisión de los Señores al Rey era mucho más clara; sin embargo, los complejos derechos reales que caracterizaron al feudalismo eran una realidad, incluso mayor que en el resto de Europa: hubo mayorazgos, fideicomisos familiares, se restringió fuertemente la libertad de disposición de los inmuebles, existieron distintas formas de propiedad colectiva con bienes pertenecientes a municipios y entidades menores, pastos de aprovechamiento común y bosques comunales. Esto generó una enmarañada estructura cuyos vestigios se advierten en la actualidad en algunas zonas como Extremadura, habiendo tenido una importante incidencia en el sistema de derechos reales.

El final del feudalismo tuvo como lógica consecuencia la generalización del régimen de *numerus clausus*, que aseguraba la libertad de la tierra y evitaba su endeudamiento; no obstante, también se impuso el *numerus apertus* en algunos países.

B) Tanto el numerus clausus como el numerus apertus son sistemas viables

La adopción de un sistema de derechos reales, ya sea de *numerus clausus* o de *numerus apertus*, no es una imposición de lógica jurídica, sino una decisión política de orden organizacional. Es un criterio de ordenación, producto de una valoración abstracta e intrínseca del sistema jurídico, que se erige en una fórmula descriptiva del grado de tutelabilidad de ciertos intereses a través de la atribución de un poder que se ejerce en forma directa e inmediata sobre las cosas, independientemente del comportamiento de otros, y oponible a todos.

2. EL *NUMERUS CLAUSUS*, GENÉRICAMENTE ANALIZADO

A) Conceptualización del numerus clausus

Entre dos vías que son *a priori* hábiles para generar tipos de derechos reales, la pública y la privada, el régimen de *numerus clausus* permite solo la primera.

El orden público tiene masiva preeminencia en materia de derechos reales, mientras que en el campo de los derechos personales actúa excepcionalmente.

En general, los sistemas de *numerus clausus* conllevan dos prohibiciones: crear derechos reales no previstos por la ley y modificar el contenido de los legislados. La segunda, muy común en el derecho comparado, no es esencial (salvo en lo que se refiere a los contornos básicos de cada figura) y suele resultar flexibilizada a través de normas que permiten el juego de la autonomía privada en derechos reales tales como el uso, la habitación y la servidumbre. Sin la primera, en cambio, el régimen no sería de *numerus clausus*.

El orden jurídico determina en abstracto los derechos reales posibles, pero su fuente concreta es, habitualmente, la autonomía privada, que solo tiene vedada la modelación de nuevos tipos.

Si bien la autonomía privada solo tiene fuerza jurídica en el ámbito de los derechos reales cuando la ley lo admite expresamente, normalmente se le da cabida en varios casos, existiendo en la regulación de los derechos reales en particular diversas referencias a ella, implícitas y explícitas. En el derecho real de servidumbre, habitualmente el juego de la autonomía privada es muy amplio.

El *numerus clausus* engloba distintas especies de tipicidad: formal, sustantiva genérica y sustantiva específica. La formal consiste en que solo la ley determina cuáles son derechos reales. La sustantiva genérica implica que es la ley la que da el contenido a cada derecho real. La sustantiva específica conlleva la existencia de subtipos dentro de un tipo de derecho real, como normalmente ocurre con las servidumbres en particular frente al tipo genérico de servidumbre. La tipicidad sustantiva específica es, a diferencia de la sustantiva genérica, contingente; sin esta, en cambio, el régimen no sería de *numerus clausus*.

Para que exista un derecho real típico es necesario que la ley describa suficientemente una situación jurídica y establezca para ella un régimen real, más allá de que enuncie o no formalmente que se trata de un derecho real. En otras palabras, no es necesaria la existencia de una tipicidad formal; basta una tipicidad sustantiva con esencia real.

El régimen de *numerus clausus* no impide que el Estado genere nuevos tipos de derechos reales; es una limitación dirigida exclusivamente a los particulares. La lista de derechos reales admisibles podría ser ampliada (o reducida) por el Parlamento en cualquier momento para adaptar la normativa a la realidad social.

Normalmente, el *numerus clausus* también alcanza a las obligaciones reales y a las cargas reales. No obstante, no abarca las causas de constitución, modificación o extinción de los derechos reales; es una tipología de situaciones jurídicas y no de actos jurídicos.

3. EL *NUMERUS APERTUS*, ANALIZADO DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

A) *Conceptualización preliminar del numerus apertus*

En el sistema abierto pueden crearse novedosos derechos reales al amparo de la autonomía privada, pero no es imperativo que exista una libérrima amplitud, pues basta la posibilidad de que los particulares modelen nuevas formas de propiedad, aunque existan límites rigurosos.

B) *Vigencia práctica del numerus apertus en España*

La normativa española no es categórica a la hora de determinar el sistema de derechos reales vigente, lo que trajo enormes disputas doctrinarias durante muchas décadas, aún no totalmente aquietadas. El Código Civil guarda silencio. La Ley Hipotecaria y su Reglamento son ambiguos. Atañe específicamente a esta cuestión el segundo inciso del artículo segundo de la Ley Hipotecaria («En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:... 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales») y el artículo séptimo de su Reglamento («Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no solo 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»).

Ninguna de estas normas es decisiva, a pesar de que su redacción exhibe cierta tendencia a la apertura. Cuando la Ley menciona «otros cualesquiera reales», bien puede referirse a derechos de esa naturaleza tipificados por el ordenamiento jurídico pero no incluidos en la enumeración, quizá por la duda que pudiese suscitarse respecto de su naturaleza, como los derechos de adquisición preferente (tanteo, retracto, opción). A la vez, la referencia del Reglamento a «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique... algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales», tampoco implica ineludiblemente un *numerus apertus*, porque lo que no tiene nombre propio no es el derecho real modificado o constituido, sino el «acto o contrato de trascendencia real», que bien puede ser atípico pero dar lugar a la generación o modificación de un derecho típico. Además, una norma de rango reglamentario es inidónea para establecer el sistema de derechos reales.

Hasta mediados del siglo XX los autores locales dieron por sentada, en general, la vigencia de un *numerus clausus* en materia de derechos reales, aunque sin abordar directamente la dicotomía². De allí en adelante el panorama cambió: la cuestión fue abordada explícitamente y se inclinaron masivamente a sostener la vigencia del *numerus apertus*³, aunque con disidencias que se mantienen actualmente. No obstante, es mayoritaria la doctrina que sostiene que en materia de derechos reales de garantía rige el *numerus clausus*. Hemos identificado cuatro posturas distintas: a) La más flexible, predica una amplísima libertad de los particulares para generar nuevos derechos reales, siempre que sean efectivamente tales y estén dotados de inherencia en la relación con la cosa; b) Otros autores sostienen que el sistema es de *numerus apertus*, por así resultar de la legislación, pero ello no significa que existan amplios poderes para crear nuevos derechos reales, sino que la autonomía privada tiene graves cortapisas. Algunos doctrinarios de este grupo postulan que los nuevos derechos deben responder a una función «económico-social», introduciéndose el concepto de «tipicidad causal» de los derechos reales⁴; c) Se ha sostenido también que rige un *numerus clausus* en cuanto a la posibilidad de constituir derechos reales atípicos, pero un *numerus apertus* respecto a la factibilidad de modificar el contenido de los típicos⁵; d) Finalmente hay quienes sostienen la vigencia del *numerus clausus*⁶.

El problema es de difícil solución. Si tenemos en cuenta que un sistema de *numerus apertus* solo puede funcionar adecuadamente si se delimitan rigurosamente las condiciones de desenvolvimiento de la autonomía privada⁷ y hay un adecuado régimen de publicidad, y que en España no se da la primer premisa, podría razonablemente sostenerse que el sistema es de *numerus clausus*, pues como hemos visto, los textos legales dejan margen suficiente para esta interpretación; sin embargo, la abrumadora inclinación doctrinaria *de lege lata* por el sistema de *numerus apertus*, avalada por las jurisprudencias registral y judicial (a las que luego nos referiremos), nos lleva a sostener que en los hechos rige el *numerus apertus*, máxime cuando la Ley Hipotecaria y su Reglamento, con su ambigüedad, dejan razonable espacio para esta interpretación.

C) *Funcionamiento del régimen español de derechos reales: generalidades*

Si bien no es fácil generar novedosos derechos reales atípicos, porque todo se circunscribe a lograr nuevas formas de aprovechamiento de las cosas y esta tarea se viene llevando a cabo durante siglos, de tanto en tanto van apareciendo y puede mencionarse una variedad interesante: condominio *pro diviso*; derechos de adquisición preferente sobre derechos de disfrute; derechos de disfrute circunscriptos a cierta clase de frutos; servidumbres sobre cosas muebles; derecho a percibir una pensión sobre una cosa mueble; fideicomiso de garantía; derecho perpetuo y transmisible a ocupar una localidad en un teatro; derecho de sobreedificación; derecho de subedificación; etc.

El sistema español de derechos reales es complejo y ha sido objeto de un profundo debate, a cuyas conclusiones principales hemos pasado breve revista. Uno de los principales problemas es la borrosa frontera que divide los derechos reales y personales, que genera infiltraciones en el Registro de la Propiedad de derechos obligacionales que luego deben ser expulsados, produciendo en el ínterin un lastre que atenta contra la seguridad jurídica inmobiliaria.

La característica fundamental del régimen es que existe bastante restricción para la generación de derechos reales atípicos, y mucha flexibilidad para modelar el contenido de los típicos a través de la autonomía privada. Es particularmente acomodaticio en figuras como el usufructo (se permiten actos de disposición, conf. arts. 467 y 470 del Código Civil), el condominio (en cuyo marco se relega a la autonomía privada todo aquello que no está especialmente vedado —art. 392 del Código Civil—) y las servidumbres (arts. 536, 551, 594 y 598 del Código Civil), el uso y la habitación (art. 523 del Código Civil).

D) *Orientación de la Dirección General de Registros y del Notariado*

En España, el Registro de la Propiedad, o más propiamente la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), tiene una función de importancia fundamental, pues determina en la práctica los alcances del régimen vigente, más allá de toda posible disquisición teórica.

Las resoluciones de la DGRN tienen carácter de jurisdicción voluntaria y no gozan de valor vinculante para los magistrados judiciales que pudieren entender en una controversia. No obstante, la jurisprudencia registral es muy respetada, tanto por la función que cumple, cuanto por la calidad técnica de sus resoluciones. Aunque carece de carácter vinculante aún respecto de la propia DGRN, es de hecho tenida en cuenta en casos posteriores; es muy importante su estudio ya que, sin perjuicio de lo que resuelva la justicia en los asuntos que son objeto de litigio, tiene enorme valor para determinar cuáles son derechos reales inscribibles y cuáles no.

La propia Dirección General de Registros y del Notariado ha señalado su función en este campo, en resolución de 1 de abril de 1981, al puntualizar «Que el criterio *numerus apertus* adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, a una misión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatez, que determinarían su acceso a los libros registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal»⁸.

Ha reconocido la vigencia del *numerus apertus* no solo a través de resoluciones, sino también por intermedio del Preámbulo de la Instrucción de 29 de octubre de 1996: «Más aún, debe concretarse dicho contenido (el referido al *Índice General Informatizado de las fincas y los derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares* a que alude el artículo 398 inc. c del Reglamento Hipotecario), si se tiene en cuenta el sistema de *numerus apertus* por el que se rige nuestro Derecho, civil y registral, causa de la amplitud y eficacia de la protección jurídica extrajudicial que los principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad prestan a los derechos y pactos inscritos y a sus titulares»⁹.

A la vez, distintas resoluciones del Cuerpo demuestran y declaran la vigencia del régimen de *numerus apertus*. Entre ellas, cabe destacar la de 4 de marzo de 1993, donde dijo que «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2, 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad»¹⁰. También sobresalen las de 28 y 31 de octubre de 1988: se había pactado un derecho de subedificación, transmisible y perpetuo a favor de dos personas en el subsuelo de un edificio; y una de ellas transmitió su derecho. El registrador no lo admitió, pues entendió que previamente debía declararse la construcción realizada y constituirse bajo el régimen de propiedad horizontal. La DGRN revocó la decisión entendiendo que no hay razón para sostener la resolución recurrida; que el constituido fue un derecho atípico o innominado, por lo que no puede pretenderse que la escritura que lo constituye haga una exacta calificación¹¹. Es igualmente representativa de esta doctrina la decisión de 25 de noviembre de 1992, que otorga naturaleza de derecho real autónomo al anejo a la propiedad de un local para instalar carteles en la terraza del edificio¹². Podrían mencionarse muchas otras que no habré de citar en homenaje a la brevedad, pero cabe destacar por su poca antigüedad la de 8 de junio de 2011, donde se ha resuelto que «ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales

típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.— Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resolución de 31 de diciembre de 2007), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del Código Civil). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH) sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atenerse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. (cfr. resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993)»¹³.

Es necesario señalar que, no obstante esta línea jurisprudencial, la DGRN suele mostrarse muy restrictiva para admitir nuevos derechos reales, en ocasiones refiriéndose explícitamente a las ventajas del sistema de *numerus clausus*. No viene al caso citar aquí las respectivas resoluciones, pues implicaría alejarse de la temática de este estudio¹⁴.

Las pautas directrices que la Dirección General ha perfilado pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. En España rige el sistema de *numerus apertus*; se permite generar nuevos derechos reales y modificar el contenido de los típicos.
2. El régimen de *numerus clausus* es más acorde a la naturaleza de los derechos reales.
3. El *numerus apertus* no permite inscribir cualquier pacto como derecho real, sino solo los que constituyen derechos bien definidos que reúnen todos los requisitos necesarios para ser considerados tales. En la práctica, solo lo serán aquellos que obtengan una calificación que determine que son registrables.
4. Debe excluirse del Registro todo derecho de contenido meramente obligatorio, criterio inspirado por la última reforma de la Ley Hipotecaria (arts. 1 y 98 de la Ley y 355 del Reglamento). A tal fin, el registrador debe distinguir y discriminar entre los actos que crean auténticos derechos reales y aquellos que solo constituyen derechos personales.

No pueden ingresar al Registro derechos de dudoso carácter real. La función calificadora es fundamental para evitar la inscripción de derechos personales, que «constituyen un farragoso lastre de cargas, que inútilmente se mencionan y arrastran en el Registro, en detrimento de la contratación y de la fluidez del tráfico negocial», tal como se ha dicho en las resoluciones de la DGRN de 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959 y 21 de diciembre de 1980¹⁵.

5. El sistema de *numerus apertus* debe interpretarse restrictivamente de acuerdo a las siguientes limitaciones: a) la naturaleza de las cosas; b) las normas imperativas; c) la caracterización causal de la relación jurídico-real, de manera que el derecho que pretende inscribirse cumpla una función económico-social merecedora de tutela jurídica; d) el orden público sistemático; e) la armonía y coherencia de las normas registrales; f) la canalización de las pretensiones a través de las figuras típicas, en la medida en que sea posible.

E) Orientación del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo no solo sostiene en sus sentencias que rige el *numerus apertus*, sino que le otorga gran amplitud, lo que se constata en el siguiente fragmento de una antigua sentencia: «—Derecho real; características generales: En el desarrollo de la propiedad con las relaciones sociales del hombre surgen modificaciones y limitaciones de los elementos que concurren en el derecho de dominio, originando actos jurídicos impuestos por la voluntad, creando nuevos derechos, a los que se dan la denominación de reales, por llevar el carácter esencial que los distingue de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado, dando lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor de la misma, hallándose comprendido en estos derechos el de superficie, que por su naturaleza constituye un gravamen de bien inmueble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño, o en provecho de una o más personas o de una comunidad, conforme a lo prevenido en los artículos 530 y 531 del Código Civil»¹⁶.

En sentencia de 18/05/1963 admitió la posibilidad de crear desmembraciones de la propiedad distintas de las tipificadas en la ley, cuando sostuvo que «no cabe duda que si el propietario que tiene el pleno señorío de la cosa puede transmitir a otro ese pleno señorío de la cosa, también podrá transmitir alguna o algunas de las facultades que lo integran, reservándose el resto de ellas, con lo que dará lugar al nacimiento de los derechos reales limitativos del dominio y al de ciertas ventas especiales —venta a plazos o con reserva de dominio y pacto de resolución, venta con pacto de cobración (sic.), *venta del suelo o del vuelo*, venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo, etc.»¹⁷.

En una antigua decisión de 1893 reconoció la plena eficacia del condominio *pro diviso*, o propiedad dividida: «Aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamiento de una finca, no puede menos que reputarse como copropietario de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque este se halla adherido al terreno y no puede subsistir apartado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarse de ellos, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo»¹⁸. Y en 1922 dispuso que «Debe estimarse la existencia de condominio o comunidad de bienes no solo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso* a diferentes personas, sino también cuando el dominio a los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos de tal forma que hay entre los copartícipes algo común»¹⁹.

En síntesis, la tendencia aperturista del Tribunal Supremo no solo es indudable, sino que es más clara y definida que la de la Dirección General de Registros y del Notariado.

F) *Requisitos para la constitución de nuevos derechos reales*

Los derechos reales tienden a ser «permanentes», por lo que además de que deben ser respetados por quienes no los crearon, también pueden beneficiar a quienes no los modelaron. Por lo tanto, es necesario ser preciso a la hora de generarlos para que su perfil quede perfectamente definido. La cuestión radica en determinar cómo, en qué condiciones y bajo qué límites puede desplegarse la autonomía privada para crear derechos reales, lo que tiene concretas ventajas como facilitar la labor calificadora registral, allanar los cálculos de terceros y evitar la creación de derechos de características ambiguas.

Los recaudos que deben cumplirse para generar nuevos derechos reales se clasifican en: 1) anteriores a la constitución (presupuestos); 2) contemporáneos a la constitución; 3) posteriores a la constitución.

1) Los requisitos anteriores a la constitución son los siguientes: 1. a) No debe haber una prohibición especial que impida su establecimiento; 1. b) Las partes deben ser capaces (de hecho y de derecho) para constituir el derecho real; 1. c) Debe respetarse la regla *nemo plus juris*: el transmitente, que genera en el adquirente el nuevo derecho real, debe tener una potestad jurídica sobre la cosa suficiente, es decir no menor a la que otorga el derecho que se pretende constituir en cada uno de sus aspectos. Si se trata de un régimen de inscripción registral constitutiva, el otorgante debe tener anotado su título; 1. d) No debe haber incompatibilidad del nuevo derecho con otros que se encuentren vigentes sobre la misma cosa; 1. e) Si la generación del nuevo derecho depende de una autorización previa, debe estar otorgada; 1. f) Ante una hipotética concepción

fraudulenta de derechos a favor de más de una persona, debe respetarse el principio de prelación; es decir que solo será válido (o, en su caso, tendrá preferencia) aquel al que la ley le asigne primacía por algún método (el primero que se constituyó, el que se inscribió previamente, el que recibió una reserva registral de prioridad, etc.); 1. g) En el caso de derechos reales «forzosos», debe constatar la presencia del presupuesto legal (por ejemplo que la propiedad esté efectivamente encerrada, si se trata de una servidumbre de tránsito).

2) Los requisitos contemporáneos a la constitución son los siguientes: 2. a) Debe tratarse de una relación de inherencia entre la persona y la cosa; el derecho generado debe ser una suerte de «sustracción del dominio», siendo insuficiente que las partes quieran crear un derecho real si la vinculación con el objeto no es directa e inmediata; 2. b) Cuando se modelan derechos reales novedosos o se modifican los típicos, debe determinarse precisamente el contenido de la figura: en qué consiste su ejercicio, cuáles son las formas de disfrutarlo y las de comercializarlo; 2. c) El nuevo derecho real debe ser especial en cuanto al objeto; es imprescindible individualizar la cosa sobre la que recae; 2. d) Debe determinarse la persona beneficiaria del nuevo derecho real; 2. e) El derecho que se está constituyendo debe respetar las normas de cierre del sistema, como la prohibición de violar la moral, el orden público o las buenas costumbres; 2. f) Si el derecho se constituye a favor de varias personas, debe especificarse la porción que corresponde a cada una; de lo contrario, se entiende que se les atribuye en partes iguales; 2. g) Es necesario mencionar el nombre de los derechos reales típicos que se constituyen y facultativo asignarle uno a los atípicos, si es que no lo tuvieran dado por la costumbre; 2. h) Corresponde determinar la causa final objetiva del derecho real, que debe ser de inherencia respecto de la cosa e independiente de toda prestación personal, de pactos bilaterales y de hechos positivos del hombre. Todo derecho real debe tener una causa inmanente. Según parte de la doctrina, debe cumplir además una función económico-social objetivamente merecedora de tutela jurídica; 2. i) En los derechos constituidos a título oneroso debe indicarse su apreciación cuantitativa o precio; 2 j) En la generación de censos, rentas y derechos análogos debe guardarse proporcionalidad entre la prestación debida y el valor de la finca, de manera que aquella no alcance a este. La pensión no debe superar las tres cuartas partes del valor del inmueble; 2. k) Si el derecho que se constituye se somete a condición o plazo, debe aclarárselo y hacerse constar las especificaciones pertinentes; 2. l) Deben respetarse los preceptos que impiden la amortización de la propiedad y que aseguran su libre circulación y adecuada explotación; 2. m) Es imperativo respetar las formalidades necesarias para la constitución de derechos reales, como el documento público en materia inmobiliaria; 2. n) Las características externas que han de trascender a terceros no pueden ser otras que las que ya se vienen respetando con relación a la cosa. A través de un derecho real no pueden imponerse a personas ajenas a la contratación limitaciones que antes no tenían.

3) Los requisitos posteriores a la constitución son los siguientes: 3. a) Es necesaria la toma de posesión para que el derecho real quede constituido, salvo en los que no se ejercen a través de ella (art. 609 del Código Civil); 3. b) Cuando la inscripción reviste la calidad de constitutiva, es imprescindible llevarla a cabo para la existencia del derecho real. En los demás casos, la publicidad —que puede o no ser registral— es necesaria para la eficacia *erga omnes* del derecho; 3. c) Si la ley exige para la validez de un derecho real constituido por un condómino la notificación, el reconocimiento o la aceptación por parte de los demás consortes, debe procederse en consecuencia.

G) El ejercicio de la autonomía privada dentro de los derechos reales típicos

Independientemente de la posibilidad de constituir figuras atípicas, el sistema español goza de mucha plasticidad dentro de las típicas, que se desarrolla casi exclusivamente en los derechos reales distintos del dominio; en este no hay lugar para la autoregulación, pues al ser el más amplio, no puede extenderse sin violar la ley.

En el condominio, el margen de acción de la autonomía privada es muy amplio, pues se permite sujetar su régimen a la voluntad de las partes (art. 392 del Código Civil); y si bien es temporario, la indivisión no puede pedirse en caso de que torne inservible la cosa para el uso al que se destinaba (art. 401 del Código Civil).

En cuanto a los derechos de disfrute sobre cosa ajena, siendo el usufructo el más amplio imaginable, la autonomía privada debería quedar *a priori* bastante relegada dentro de su esquema, a diferencia de lo que ocurre con los limitados, como el uso, la habitación y la servidumbre. Sin embargo, aún en el usufructo la autonomía privada puede actuar grandemente, por así autorizarlo el artículo 467 del Código Civil. En este campo no resta margen para el descubrimiento de nuevas figuras ya que, sea cual fuere su contenido, podrá ser encuadrado dentro del usufructo, el uso, la habitación o las servidumbres; salvo la posibilidad atípica de generar servidumbres mobiliarias.

La doctrina mayoritaria, que avalamos, sostiene que derechos reales de garantía son un supuesto «cerrado» porque entrañan facultades excepcionales, como los privilegios (hipoteca y prenda) y el derecho de retención oponible *erga omnes* (anticresis), que solo puede tipificar la ley por afectar la igualdad de los acreedores y el patrimonio del deudor como prenda común.

Los censos dejan un acotado margen para la acción de la autonomía privada, pues el Código Civil no solo define el género sino también las tres especies admisibles (reservativo, consignativo y enfitéutico), y establece puntualmente un amplio campo que resulta inmodificable.

Finalmente, en el ámbito de los derechos de adquisición hay mucha libertad; todas las especies son admisibles: tanteo, retracto y opción. El problema no

consiste en la posible aparición de otros nuevos sino en que, siendo potestativos, debe determinarse la medida y las circunstancias en que pueden ser oponibles a terceros.

II. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS DOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES, DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL

1. PROPEDEÚTICA

La doctrina se ha dedicado con detenimiento al análisis de los sistemas de derechos reales. En tal contexto, algunos autores han defendido el *numerus clausus* y otros han hecho lo propio con el *numerus apertus*, dato que por sí solo demuestra la importancia del tema, pues da cuenta de que hay demanda de nuevos tipos de derechos reales²⁰, siendo importante que el Derecho determine claramente si se pueden o no tallar a través de la autonomía privada, y con qué alcances²¹.

Seguidamente sintetizaremos las argumentaciones realizadas a favor de cada régimen de manera fundamentalmente aséptica. Luego daremos las razones por las cuales reputamos preferible el sistema de *numerus clausus* desde la óptica jurídica tradicional. No abordaremos argumentos que impliquen efectuar un análisis económico del derecho; solo tocaremos tangencialmente explicaciones de esa índole en la medida en que la doctrina tradicional las haya desarrollado, pues la parte final de este trabajo estará especialmente dedicada al análisis económico, o de eficiencia, de los sistemas de derechos reales.

No obstante, antes de explicar los fundamentos con que se ha intentado defender uno y otro sistema debemos avocarnos a una cuestión preliminar, pues algunos autores afirman que la discusión no tiene sentido por ser ambos regímenes equiparables en la práctica. Esta teoría se fundamenta en que en el *numerus apertus* se imponen serias cortapisas a la autonomía privada y en el *numerus clausus* hay tipos legales con tanta flexibilidad (como el uso o las servidumbres) que por su intermedio se podría generar todo tipo de figura de aprovechamiento de las cosas, con eficacia *erga omnes*.

Por nuestra parte, creemos que es pertinente la distinción. Es verdad que las restricciones para la generación de derechos reales se presentan en todos los regímenes jurídicos²², pero operan en niveles distintos. En un sistema de *numerus clausus* que no prevé la enfiteusis no se puede satisfacer suficientemente esta necesidad, ni a través de un usufructo, ni por medio de una locación; en España, si bien no podrían constituirse derechos reales extravagantes, el *numerus apertus* brinda una plasticidad mucho mayor a la hora de generar negocios que importen la desmembración del dominio. A pesar de que la ju-

risprudencia registral exhibe una tendencia restrictiva, en general no impide la creación de nuevos derechos reales, sino de esquemas que no se condicen con el concepto de derecho real, lo que es razonable teniendo en cuenta que un sistema de *numerus apertus* lo es de «derechos reales» y no de figuras jurídicas cualesquiera a las que caprichosamente pretenda asignárseles carácter real. Entonces, no es una discusión meramente teórica la atinente a la regencia del *numerus apertus* o del *numerus clausus*, pero sí es cierto que hay que situar el planteamiento en su verdadera dimensión; de lo que se trata en los regímenes de *numerus apertus* es de establecer si el fruto de la autonomía privada es un verdadero derecho real (y, según algunos autores, si brinda una utilidad social concreta) o, por el contrario, se limita a constituir derechos personales. En el primer caso la figura será inscribible en el Registro y en el segundo no, puesto que la Ley Hipotecaria solo admite la anotación de actos y contratos de trascendencia real, impidiendo que ingresen al Registro derechos personales. En algún supuesto teórico los sistemas pueden asemejarse bastante, pero las diferencias son inevitables.

2. ARGUMENTOS DEFENSIVOS DEL *NUMERUS CLAUSUS*

Esquemáticamente, los fundamentos con que se ha defendido el régimen de *numerus clausus* son, independientemente de su eficacia, los siguientes:

A) *El orden público*

La mayor incidencia del orden público en materia de derechos reales impide que sean generados por la autonomía privada. Como significan una asignación duradera de bienes con eficacia *erga omnes*, solo el Estado debe estar habilitado para crearlos, pues los particulares no pueden regular intereses de terceros. De esta manera se facilitan las transacciones, porque la posibilidad de que existan desmembraciones atípicas del dominio generaría en los potenciales adquirentes una mayor incertidumbre respecto del contenido y el valor del derecho que desean obtener. Los derechos reales innominados constituyen situaciones objetivamente irrelevantes para el sistema económico, aún cuando pudieren ser valiosas para los involucrados. Es saludable que las cosas se encuentren a salvo de multiplicidad de gravámenes imposibles de prever, que obstaculizan el tráfico jurídico y ahogan la propiedad con desarticulaciones que impiden su adecuada explotación; el Estado no puede consentir escenarios de esa laya, pues la libertad de los bienes es una exigencia del tráfico jurídico, y la propiedad, como cimiento del Estado liberal, debe estar suficientemente protegida de desmembraciones arbitrarias. Además, en

un sistema de *numerus clausus* el contenido de los derechos reales es fácilmente cognoscible y estandarizado, bastando leer su nombre para tener una idea suficiente de su contenido, lo que otorga dinamismo al tráfico inmobiliario y facilita el estudio de títulos y los cálculos de terceros. Se aminora drásticamente, también, la probabilidad de que aparezcan derechos reales en conflicto, que ensombrecen las facultades de cada titular. Asimismo, en un sistema de *numerus apertus* pueden imponerse a los sujetos jurídicamente débiles modos atípicos desfavorables de goce de los bienes, lo que no es posible en uno de *numerus clausus*.

B) Las diferencias estructurales entre los derechos reales y personales

Existe un derecho real omnicomprendido, el dominio, del cual todos los demás son derivaciones, lo que constituye un límite natural —por decirlo de algún modo— a la autonomía privada; en cambio, no hay ningún derecho personal por excelencia del que los demás resulten una derivación. La posibilidad de generar nuevos derechos personales es *a priori* ilimitada; en cambio, los potenciales nuevos derechos reales siempre deben estar bajo el ala del dominio. En el plano teórico podría existir un sistema totalmente cerrado de derechos reales, pero nunca completamente abierto, pues siempre operará como límite el máximo provecho que puede obtenerse de las cosas, a través de las facultades de uso, goce y disposición. Los derechos personales, por regla, desaparecen con su ejercicio, mientras que los reales perduran, lo que permite contenidos atípicos para los primeros, pues fatalmente se extinguirán, a diferencia de los segundos. La diferencia de estructura que existe entre las dos categorías consiente hacer una previsión meditada y razonable de todos los derechos reales necesarios en el seno de una sociedad; en cambio, es inconcebible pensar en un catálogo predeterminado y suficiente de derechos personales.

C) La facilitación del funcionamiento de los registros inmobiliarios

Como los derechos reales típicos están predeterminados y los atípicos no, el sistema registral se torna más engorroso e ineficaz en un sistema de *numerus apertus*, pues caso por caso debe calificarse el pretendido nuevo derecho real y describirse suficientemente para la cognoscibilidad de los terceros. Además, el *numerus apertus* no permite la utilización de la simple, práctica y eficaz técnica registral de «breves notas» que se aplica en muchos regímenes de *numerus clausus*, pues es incapaz de reflejar los matices de los potencialmente ilimitados derechos reales atípicos.

D) *La rigidez del numerus clausus puede neutralizarse construyendo tipos flexibles de derechos reales*

El mayor inconveniente del sistema de *numerus clausus*, que es su rigidez, se supera si se tipifican figuras flexibles de derechos reales dentro de las cuales exista suficiente plasticidad de contenido. Un sistema de estas características es difícil que obstaculice el tráfico jurídico, ya que serán pocas las hipótesis en que los contratantes no encuentren en los moldes legales la posibilidad de adaptar las necesidades que desean satisfacer.

E) *Los derechos reales son más potentes, seguros y confiables en un sistema de numerus clausus*

Los derechos reales en un sistema de *numerus clausus* son más seguros y confiables que en uno de *numerus apertus*. Paralelamente, en un régimen que admite derechos reales atípicos, estos son más endeble que los estandarizados por la ley. Vista la cuestión desde el sistema español, un derecho real atípico corre tres riesgos distintos, ninguno de los cuales es padecido por uno típico: a) que a la hora de presentarlo para su inscripción, el registrador lo rechace por entender que no es procedente; b) que, aún admitido por ese funcionario, tiempo después sea rechazado por la Dirección General al analizar, por ejemplo, la inscribibilidad de otro derecho que le resulta incompatible; c) que no sea reconocido en juicio por el Poder Judicial, si se planteara una controversia atinente a su registrabilidad. Además, en un sistema de *numerus clausus* los derechos reales quedan configurados con mayor nitidez y exactitud, puesto que el fruto de la actividad legislativa es en la mayoría de los casos más estudiado y debatido que un contrato.

F) *La mayor importancia de los derechos reales sobre los personales*

Ha llegado a sostenerse que el *numerus clausus* encuentra justificación en la mayor importancia que tienen los derechos reales respecto de los personales, por vincularse más directamente con el interés general, ya que el nivel de producción de la tierra depende en buena medida del sistema de derechos reales instaurado.

G) *Los problemas que genera en la práctica el numerus apertus*

Los sistemas de *numerus apertus* traen aparejados importantes inconvenientes. Por lo pronto, es una complicación grave la delimitación de los derechos reales atípicos, pues siendo fruto de la autonomía privada no es dable el recurso

a la analogía para llenar los vacíos. Poniendo como ejemplo el condominio *pro diviso*, común en Extremadura, tiene el inconveniente —entre otros— de la asignación de los derechos residuales: ¿a quién pertenecen las atribuciones no específicamente concedidas a alguno de los copropietarios, teniendo en cuenta que no hay ningún derecho «madre» que las absorba? Deben agregarse los problemas registrales que el *numerus apertus* conlleva: distinción entre los derechos reales y los que no lo son, ingreso al registro de derechos personales solapados bajo el ropaje de figuras reales, etc. Hasta el concepto mismo de derecho real es un inconveniente en el sistema de *numerus apertus*, porque donde rige el sistema cerrado la cuestión no excede el debate doctrinario, mientras que en los regímenes abiertos es imperativo un concepto preciso de derecho real para determinar si las pretendidas nuevas figuras encuadran o no en él.

3. ARGUMENTOS DEFENSIVOS DEL *NUMERUS APERTUS*

Siguiendo similar metodología que en el apartado anterior, explicaremos los fundamentos con que se ha defendido el régimen de *numerus apertus*, independientemente de su eficacia. Cuando el argumento respectivo haya sido especialmente sostenido por algún autor, sin resultar atribuible a la generalidad de la doctrina de orientación similar, citaremos la referencia.

A) *Como consecuencia del principio de libertad, a priori debe regir un sistema de numerus apertus*

En un Estado democrático donde reina la libertad, el paradigma que *a priori* debe regir es el de *numerus apertus*, por ser el único que la respeta. Únicamente cuando razones serias lo justifican cabe imponer restricciones a la autonomía privada, que solo debe tener los límites necesarios. Parte de la doctrina ha postulado que es mejor un control *a posteriori*, donde el Estado otorgue eficacia jurídica al derecho real solo cuando resulte merecedor de tutela por parte del ordenamiento, que el cercenamiento *a priori* de la autonomía privada a través del *numerus clausus*²³, lo que incluso se ha propuesto como modelo uniforme para la Comunidad Europea²⁴.

B) *Razones de orden público, como la posibilidad de satisfacer nuevas necesidades económicas, justifican el flexible sistema de numerus apertus*

Existe una fuerte reclamación social en la imposición de variados derechos reales para alcanzar objetivos económicos no previstos en la ley, pues las

ilimitadas formas de aprovechamiento de los bienes no pueden encasillarse en acotados tipos legales, necesariamente impotentes de preverlo todo. Las formas modernas de producción, que tienden a satisfacer una demanda más variada y singularizada de productos y servicios, justifican el sistema de *numerus apertus*²⁵. Solo es de interés general impedir el establecimiento de nuevos derechos reales si afectan a la libertad de los fundos y de las personas, pero no se justifica la prohibición si tienen utilidad para quienes los constituyen sin menoscabar dichas instituciones. Esto es así porque resulta ventajoso para la sociedad que los mismos bienes puedan servir a la vez a un número mayor de individuos; el *numerus apertus* es más flexible que el *numerus clausus*, cuya rigidez puede dejar sin eficacia real a situaciones jurídicas que la ameritan.

Además, el hecho que los particulares modelen figuras novedosas de derechos reales permite que se generalicen y adquieran tipicidad social, allanando el camino al legislador para incorporarlas luego a la legislación positiva.

C) *El numerus apertus, implementado con un adecuado régimen de publicidad, asegura suficientemente el tráfico jurídico*

Si los derechos reales están correctamente determinados y suficientemente publicitados, el *numerus apertus* es un sistema eficaz.

D) *Existe una imposibilidad lógica de prever de antemano los derechos reales posibles*

Los derechos reales no pueden existir *a priori*, como presupone un sistema de *numerus clausus*, sino *a posteriori*²⁶. Así como no pueden preverse de antemano todos los contratos posibles, tampoco puede hacérselo con los derechos reales.

E) *Las ventajas del numerus apertus no pueden resignarse por un obstáculo instrumental, como la generación de mayores complicaciones a los registros inmobiliarios*

Decir que la facilitación de la tarea registral conlleva que debe imponerse un sistema de *numerus clausus* es poner las cosas al revés, generando una grotesca subversión de los medios sobre los fines. No pueden truncarse soluciones sustantivas valiosas por razones meramente instrumentales²⁷.

F) *El estado actual de la evolución del derecho justifica el sistema de numerus apertus*

Actualmente no tiene sentido la supresión de la autonomía privada en la configuración de derechos reales, resultando suficiente una adecuada restricción, sobremanera cuando la evolución del sistema de publicidad registral torna factible dar a conocer en forma eficaz los diversos derechos reales atípicos que pudieran generarse.

4. NUESTRA OPINIÓN: DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL, EL *NUMERUS CLAUSUS* ES EL SISTEMA DE DERECHOS REALES MÁS CONVENIENTE

Ninguno de los dos sistemas es «correcto» o «incorrecto»; ambos tienen virtudes y defectos. No obstante, en términos comparativos, el *numerus clausus* es más conveniente que su opuesto, por las siguientes razones principales:

- a) Los derechos reales significan una asignación duradera de bienes y quedan «gravados» sobre las cosas, de manera que se impondrán a futuros subadquirentes que no los consintieron. Esta afectación a terceros lleva a que deba ser exclusivamente el encargado de proteger el bien público, es decir el Estado, quien regule la calidad y extensión de los derechos reales; no puede pretenderse que lo hagan los particulares, pues a ellos solo interesa la satisfacción de sus propios intereses: la autonomía privada es esencialmente arbitraria mientras que el ejercicio del poder estatal es discrecional²⁸, y la modelación de figuras de derechos reales —por definición trascendentes— debe estar confiada a poderes discrecionales que tienden al bien común.
- b) No es verdad que el *numerus apertus* facilita la iniciativa económica de los particulares; por un lado, porque todas las formas imaginables de disfrute de las cosas pueden lograrse a través de la instauración de derechos personales, sin perjuicio de su oponibilidad relativa; y por otro, porque el sistema abierto llevaría al establecimiento de complejos entramados de derechos sobre las cosas que limitarían en gran medida su aprovechamiento por cada uno de los titulares y, por lo tanto, su utilización para el progreso económico. El principio de libertad económica justifica el *numerus clausus* y no el *numerus apertus*.
- c) La multiplicidad de derechos sobre una cosa implica la presencia de más personas que se interrelacionan en la explotación, lo que potencia la generación de conflictos que tienen costes de resolución y tornan borrosos los contornos de las facultades de los distintos titulares, generándose una disminución de valor.

- d) Aún con un sistema de publicidad moderno y evolucionado, el *numerus clausus* permite conocer con mayor rapidez y eficacia el contenido de los derechos reales, pues basta leer su nombre para estar al tanto de sus características principales. Esto reduce los costes de transacción, pues el acceso a la información es más eficiente.
- e) El contenido de los derechos reales típicos es siempre preciso mientras que el de los atípicos puede ser ambiguo, generando un inconveniente gravísimo que en casos extremos puede dejar a la cosa fuera del comercio debido a la ausencia de certeza respecto de su *status* jurídico. Además, los derechos reales atípicos son más endebles e inseguros que los típicos.
- f) En un régimen de *numerus clausus*, el sistema registral es mucho más eficiente, enormemente más ágil y claramente menos costoso.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES

1. PROPEDÉUTICA

A) Introducción

En los puntos anteriores hemos expuesto sintéticamente los argumentos que, desde la óptica jurídica tradicional, ha utilizado la doctrina para apunlar cada uno de los sistemas de derechos reales. Mucho se ha debatido sobre esto en España, por lo que aportaría poco un análisis más exhaustivo y referenciado, que de todas formas puede consultarse en otra obra, a la que nos remitimos²⁹.

Opuestamente, la doctrina jurídica ortodoxa española no se ha hecho cargo, salvo tangencial y en algún caso intuitivamente³⁰, del análisis económico de los sistemas de derechos reales; no se ha utilizado la teoría económica de manera sistemática para poner a prueba los regímenes de derechos reales y determinar cuál es el más eficiente. Suplir ese vacío es el principal objetivo de este estudio.

La economía se ocupa de los recursos escasos y la propiedad inmobiliaria es uno de los principales, por lo que el sistema de derechos reales no puede serle indiferente. Es de su incumbencia determinar la forma más eficiente de asignar los recursos, y no es un dato menor que una proliferación excesiva de derechos reales genere —como luego demostraremos— una subexplotación de los activos, una baja en los precios y por ende en los excedentes. RUDDEN³¹ y MERRILL & SMITH³² se muestran sorprendidos porque la literatura económica no se haya ocupado del tema, aunque después de sus trabajos la cuestión ha comenzado a cambiar en la órbita del *common law*, sistema que nos ha brindado una valiosa fuente de información, inexistente en el ámbito del *civil law*.

La ciencia económica se orienta al estudio de los comportamientos que buscan los mejores resultados posibles con la menor inversión en recursos escasos; su norte son las elecciones racionales. Tiene un perfil transversal donde, además de su tema de estudio, importa su enfoque, aplicable a todas las ciencias sociales, a las que brinda información sobre la eficiencia de las distintas decisiones alternativas que pueden ser tomadas en su ámbito.

Dedicamos este apartado a hacer un análisis económico de los sistemas de derechos reales en la búsqueda de nuevos datos útiles, adelantando que la conclusión será que los criterios de eficiencia económica desaconsejan sistemas de *numerus apertus* como el vigente en España, siendo preferible el régimen de *numerus clausus*.

Este estudio no busca sustituir los efectuados desde la óptica tradicional, pues los criterios económicos no ponderan gran cantidad de variables que es necesario tener en cuenta a la hora de analizar cualquier institución jurídica. Empero, entendemos al análisis económico del derecho como una importante herramienta de observación de las instituciones jurídicas, apta para revelar nuevos datos dignos de ser tenidos en cuenta a la hora de tomar decisiones tales como optar por alguno de los sistemas de derechos reales: *numerus apertus* o *numerus clausus*. Y si la conclusión ratifica, como ocurre en este caso, las inferencias efectuadas a través de los análisis ortodoxos, estos quedan fuertemente robustecidos.

El análisis económico nos proporciona técnicas analíticas para inferir recomendaciones sobre qué normas deberían regir en diversas áreas, entre las que cuenta la política en materia de derechos reales y sus específicos alcances o modalidades. Sobre todo, es útil para nuestro estudio la teoría institucionalista, que incorpora al examen los conceptos de «institución» y «derechos de propiedad». Como puntualiza ROEMER, «La nueva perspectiva institucional trata, como mínimo, de demostrar que las instituciones importan. Cada estructura organizacional distinta afecta los incentivos y el comportamiento, no obstante, las propias instituciones se consideran como objetos legítimos de análisis económico. Como ha expuesto COASE, es posible utilizar la teoría para analizar las instituciones de tal manera que su funcionamiento se explique y forme parte integral del modelo económico»³³.

El sistema de derechos reales reviste gran importancia, pues influye en la asignación y utilización de los recursos económicos; «... la estructura particular de los derechos de propiedad en una economía, influye sobre la asignación y utilización de los bienes económicos (recursos) en formas específicas y predecibles. Efectivamente, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas, o en su defecto, cargar con los costes del incumplimiento. De ello se desprende que los derechos de propiedad poseen un valor económico y deben ser respetados en forma socialmente reconocida. La situación general puede considerarse de esta manera: el sistema de derechos de propiedad adoptados dentro

de una sociedad, ofrece un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo pueden ser usados los recursos en cuestión»³⁴.

Dos premisas que deben considerarse axiomáticas:

- a) Que los derechos de propiedad estén correctamente definidos ofrece incentivos para la producción, puesto que cuanto más indeterminación padezcan, menos aliciente habrá para emplear recursos en ellos dado que el resultado de la inversión se tornará más riesgoso.
- b) El marco institucional de los derechos reales tiene directa incidencia en los costes sociales de comercialización; ergo, el gobierno debería adoptar como política legislativa un sistema de derechos de propiedad que reduzca al mínimo posible los costes de transacción³⁵.

2. DISTINTOS TIPOS DE CONCURRENCIA QUE PUEDEN PRESENTARSE RESPECTO DE LA PROPIEDAD DE UNA COSA. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD ANTICOMÚN (O PROPIEDAD DIVIDIDA)

A) *Propiedad común, propiedad anticomún y propiedad privada*

Se pueden dar tres situaciones teóricas de concurrencia de derechos sobre una cosa: a) propiedad común, b) propiedad anticomún y c) propiedad privada.

- a) Una situación de propiedad «común» se presenta cuando, respecto de un recurso, todos tienen derecho a utilizarlo y ninguno a excluir su uso por parte de los demás, como puede ocurrir con una laguna pública;
- b) Una situación de propiedad «anticomún» se manifiesta cuando todos tienen derecho a excluir a los demás y nadie puede utilizar el recurso, como ocurre en ciertas zonas naturales especialmente preservadas;
- c) Una situación de propiedad privada aflora cuando, respecto de un recurso, una persona tiene derecho a utilizarlo y a excluir a los demás de su utilización, como ocurre en el dominio pleno y perfecto.

A pesar de su estructura formal, un condominio de unas pocas personas o una propiedad desmembrada con algún derecho real, como usufructo o servidumbre, no constituyen respectivamente ni una situación de bienes «comunes» ni «anticomunes», puesto que estas se dan en casos extremos, donde la «comunidad» y «anticomunidad» incluye tal número de personas que se elevan enormemente los costes de transacción y se hace difícil lograr acuerdos eficientes. Por lo tanto, a los efectos económicos, un pequeño condominio o una propiedad con alguna desmembración deben considerarse situaciones de propiedad privada.

B) La propiedad anticomún «pura» suele presentarse casi con exclusividad en el plano teórico, por lo que cabe utilizar un enfoque atenuado de relevancia práctica

Una situación de concurrencia «anticomún» tal como ha sido precedentemente definida, en una versión que podríamos llamar «pura», es difícil que pueda presentarse en la práctica, lo que ha llevado a que en la teoría económica tenga mucho más desarrollo la problemática de los bienes comunes (que dio lugar a la denominada «tragedia de los comunes») que la atinente a los bienes anticomunes (que generó la designada por oposición como «tragedia de los anticomunes», que es un problema que puede producir el régimen del *numerus apertus* en materia de derechos reales y que por ello estimamos apropiado analizar aquí)³⁶.

La situación de propiedad común se presenta con los bienes pertenecientes al dominio público y librados al uso general, donde todos tienen derecho a su utilización y nadie a excluir el uso de los demás, como acontece con el aire o una laguna pública. La situación de propiedad anticomún se da cuando, respecto de un recurso escaso, todos tienen derecho de excluir a los demás y nadie el de permitir su uso, como podría ocurrir en una zona natural reservada a la que nadie puede acceder y todos tienen el derecho de evitar que los demás accedan. Si bien esta situación de no explotación puede ser económicamente deseable en algún caso en particular, en la enorme mayoría de los supuestos lo apetecible es su explotación óptima, como sucede con la totalidad de los bienes que se encuentran en el mercado. Así esquematizada, la propiedad anticomún solo excepcionalmente se presenta en el plano de los hechos.

Como los denominados «bienes anticomunes» se reducen poco menos que a un experimento intelectual, HELLER propone una versión atenuada³⁷ que resulta mucho más útil, puesto que responde a una categoría de circunstancias que es harto más probable que se presente en la realidad; de hecho, el sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales es un caldo de cultivo para que se generen este tipo de situaciones. Estos supuestos más «realistas» se dan cuando muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, a su vez, su derecho de explotación se encuentra acotado, no pudiendo usarla libremente, por lo menos en plenitud. Esto ocurre cuando hay gran cantidad de derechos cualitativamente distintos y cuantitativamente limitados sobre una cosa.

Si observamos un inmueble afectado por muchos derechos reales limitados, evidentemente la situación de propiedad anticomún «pura» no puede darse desde que cada uno de los titulares tiene un haz de facultades que puede ejercer en forma inconsulta, aunque su derecho sea cualitativamente muy pequeño; solo mirando el conjunto de facultades posibles se advierte que no pertenece a nadie

en particular, justamente porque está dividido en porciones cualitativamente definidas. En estas situaciones puede complicarse la explotación y llegarse a la subexplotación, sobre todo cuando no existen reglas claras para la resolución de los conflictos que pueden presentarse entre los titulares de los derechos parciales. Esto es lo que se pretende demostrar a través de la denominada «tragedia de los anticomunes», que en su versión pura llevaría a la inexistencia de explotación (zona natural reservada a la que nadie puede entrar, salvo con el consentimiento de todos los demás) y en su adaptación menos drástica —aunque más realista—, si bien no desembocaría en la inexistencia de explotación, muy probablemente acarrearía una subexplotación como consecuencia de los problemas de interrelación entre los distintos titulares de derechos, es decir como derivación de la existencia de costes de transacción. La subdivisión de los derechos sobre una cosa trae aparejados los denominados «problemas de fragmentación»: un derecho real, vitalicio o no vitalicio, trae mayores ventajas a su titular que un derecho personal de contenido análogo, pues es oponible *erga omnes*, de lo que se sigue que la desmembración de la propiedad es en principio útil; no obstante, si sobrepasa cierto límite, la existencia de los consecuentes derechos reales fragmentados disminuye la productividad de la cosa, aun cuando cada uno pueda mantener un valor económico³⁸.

C) *Características que se vinculan con la propiedad anticomún*

La propiedad «no privada» se clasifica en común y anticomún. Es común cuando los derechos de uso predominan respecto de los de exclusión y es anticomún cuando los derechos de exclusión prevalecen sobre los de utilización.

La propiedad anticomún presenta las siguientes características:

- a) Múltiples propietarios con facultades cualitativamente acotadas sobre la cosa tienen el derecho de impedir que los otros propietarios y terceras personas se inmiscuyan en la esfera de su propio derecho (hay múltiples y bien definidos derechos de exclusión).
- b) Los copropietarios cualitativamente limitados tienen derecho a impedir que cualquiera de los demás concentre el núcleo de las facultades sobre la cosa o, por lo menos, ninguno centraliza de hecho un haz importante de prerrogativas. En la propiedad anticomún no hay un derecho principal o dominante.
- c) Los distintos derechos de propiedad no son fácilmente enajenables, sus titulares no pueden utilizarlos óptimamente y no hay una forma clara de tomar decisiones para resolver los problemas comunes.

D) La existencia de costes de transacción es lo que torna inconvenientes las situaciones de propiedad anticomún

A priori, los bienes anticomunes no constituyen un problema para el uso eficiente de los recursos. En un mundo sin costes de transacción, los propietarios podrían reordenar sus derechos en cualquier momento a través de una negociación colectiva de manera de llegar a su más eficiente asignación, quizá convirtiendo la propiedad «anticomún» en «privada» mediante las respectivas compensaciones a quienes pierden sus derechos. Pero *a posteriori* el panorama es distinto: los costes de transacción no solo existen sino que tienden a ser cuantiosos, tal como lo explica COASE: «Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto (...) de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo las transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos»³⁹.

Si diversas personas tienen distintos derechos reales sobre la misma cosa, a la hora de negociar entre ellas necesitan incurrir en costes de transacción que pueden llevar a que no se llegue a un acuerdo aceptable, incluso si los propietarios no son muchos. Es cierto que en cuantiosos casos de propiedad anticomún, contratos informales entre los copropietarios pueden permitir una explotación eficiente de la propiedad; pero esto no se da necesariamente y depende en gran medida de la buena voluntad de todos, con la que no necesariamente se puede contar. El régimen de propiedad anticomún puede funcionar correctamente en un inmueble familiar donde cada miembro tiene derechos definidos que no se sobreponen con los de los demás, pero esta situación parte de las premisas de que existe un número no demasiado amplio de copropietarios anticomunes y de que hay nexos familiares entre ellos que *a priori* coadyuvan con el buen rumbo de la situación.

Así como la propiedad común tiende casi inevitablemente a la sobreexplotación («tragedia de los bienes comunes», que seguidamente desarrollaremos), la propiedad anticomún conduce a la subexplotación («tragedia de los bienes anticomunes», que explicaremos detenidamente). Puede haber algunos ejemplos teóricos que lleven en condiciones muy específicas a la consecuencia inversa, como lo demuestra HELLER⁴⁰, pero se trata de situaciones raras que solo pueden darse en circunstancias excepcionales, que no son las que de ordinario se presentarían por la multiplicación de derechos reales en un sistema de *numerus*

apertus. Las condiciones de bienes «comunes» y «anticomunes» generalmente desembocan en las respectivas «tragedias»⁴¹.

Sentado que vivimos en un mundo en que los costes de transacción existen, el denominado Teorema de Coase nos ayuda en nuestra tarea: hay que buscar que los derechos de propiedad estén bien definidos y que los costes de transacción sean bajos. La sintética y acertada formulación que de él hacen COOTER y ULEN nos lleva a la conclusión de que es muy importante la elección de un adecuado sistema de derechos reales: «Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad»⁴². Si bien es cierto que los costes en la sociedad actual no son siempre tan elevados como para impedir una negociación, en muchas ocasiones son bastante altos como para dificultar seriamente la transacción, razón por la cual es importante un sistema de derechos reales que permita una asignación eficiente de los recursos.

Los costes de transacción, o de intercambio, aparecen en tres niveles diferentes: en la elección del cocontratante, en la negociación para llegar al arreglo, y en su ejecución, lo que incluye el monitoreo de cumplimiento del acuerdo.

Los costes en la elección del cocontratante son por regla general mayores cuanto menos estandarizado sea el producto que se quiere comerciar, y viceversa. En la compra-venta de una lata de guisantes son insignificantes, puesto que quienes quieren comprar saben dónde están los que quieren vender y los que quieren vender tienen buenas formas de atraer a los que quieren comprar, a través de la publicidad. En la compraventa de una edición limitada de un automóvil fabricado en 1967 estos costes aumentan, pues pocas personas quieren comprar la cosa y a las que quieren comprarlo no les resulta fácil encontrar vendedor.

La segunda etapa involucra los costes de negociación. Son mayores cuanto menos conocida por ambas partes es la información relevante para llegar a un acuerdo y son menores cuanto más comprendida es. Parte de la información, que llamamos pública, es dominada por todos los contratantes; pero otros datos, que denominamos privados, son conocidos únicamente por algunas de las partes involucradas. Esto explica por qué los costes de negociación son menores en la compra de un automóvil cero kilómetro que en la de uno usado: en el primer caso, ambas partes conocen con cierta exactitud el estado del vehículo; en el segundo, el vendedor sabe algo menos de esa condición que quien enajena un automóvil nuevo y el comprador sabe muchísimo menos al respecto. El conocimiento de esta vital información ayuda a las partes a lograr un acuerdo razonable mientras que el desconocimiento las aleja de tal posibilidad. En materia inmobiliaria, las negociaciones sobre un campo incluyen información privada sobre el estado de la tierra que solo conoce el vendedor, pues él sabe qué sembró en los últimos años; el comprador, por su parte, está al tanto de sus posibilidades de financiación, mas no así el vendedor. La participación

equitativa en el excedente cooperativo (es decir la suma del mayor valor que cada una de las partes asigna a la cosa de la otra —inmueble, precio— por sobre la propia) depende del conocimiento de mucha información que en varias ocasiones es privada y las partes son reacias a divulgar. Cada una trata de imaginar el excedente de la otra en la transacción para así negociar desde una postura más ventajosa; pero si el cálculo no es preciso, los contratantes se sorprenderán al encontrar a su contrario en una postura aparentemente intransigente, pero que en realidad no lo es teniendo en cuenta la verdadera magnitud de su ganancia en la operación.

En general, las partes tienden a colaborar más, brindando información a la otra, cuando sus derechos son claros que cuando son ambiguos. En este sentido, los Registros de la Propiedad Inmueble hacen pública mucha información que antes era privada, reduciendo los costes de transacción en las operaciones inmobiliarias. Estos costes se multiplican cuando hay más partes involucradas, lo que es un elemento a ponderar a la hora de juzgar con disfavor el sistema de *numerus apertus*, que permite la potencial existencia de un número ilimitado de partes en un trato para transmitir el dominio pleno y perfecto de un inmueble. Como dicen COOTER y ULEN, cuando hay varias partes en la negociación, esta se vuelve más costosa y difícil, sobre todo si los contratantes están dispersos entre sí⁴³, como ocurre con los copropietarios *pro diviso*. Asimismo aparecen nuevos costes a la hora de redactar el acuerdo, pues suelen surgir contingencias que afectan el valor de la negociación. Y todo ello hablando de costes «normales», es decir sin contar los que provocan las partes «hostiles» (o las que sin serlo se comportan de forma poco razonable —por ejemplo tratando de maximizar desmesuradamente su excedente—), de las que hay a raudales: «Siempre habrá uno dispuesto a «perjudicarse» para perjudicar a todos», afirma GARCÍA AMIGO⁴⁴.

Los costes de tercer rango, es decir de ejecución, no existen en los negocios de cumplimiento instantáneo (compra-venta manual), pero pueden ser muy elevados en ciertas operaciones a plazo. Casi siempre se presentan en las transacciones inmobiliarias, puesto que entre el arreglo *inter partes* y su concreción a través del título suficiente, la tradición y la inscripción registral, suele transcurrir un periodo considerable de tiempo.

Los costes de transacción pueden ir desde cero a infinito. Hasta un determinado punto, no es necesaria la injerencia estatal para asignar la propiedad de los recursos, porque el mercado lo hará eficientemente; a partir de determinado nivel es oportuna, puesto que el mercado no puede actuar eficazmente. Justamente esto ocurre con la determinación de la clase de derechos posibles sobre las cosas. La existencia de muchas partes en una eventual negociación y la presencia de derechos inciertos y complejos, para cuya aparición resulta un auténtico caldo de cultivo el sistema de *numerus apertus*, constituyen factores que elevan los costes de transacción⁴⁵.

3. DOS DESGRACIAS SIMÉTRICAS: LA «TRAGEDIA DE LOS BIENES COMUNES» Y LA «TRAGEDIA DE LOS BIENES ANTICOMUNES»

A) *Introducción. Consecuencias de la disconformidad entre los derechos de uso y exclusión: sobreexplotación y subexplotación de los recursos*

Los problemas de los bienes comunes y anticomunes son la consecuencia de la falta de conformidad entre los derechos de uso y de exclusión. En las hipótesis de propiedad común, todos tienen amplias potestades de uso sobre las cosas y nadie tiene facultades para excluir el uso de los otros. En muchos supuestos de propiedad dividida de la tierra (anticomún), las potestades de los distintos titulares son mínimas, pero los derechos de exclusión que a ellos pertenecen son más claros y fácilmente ejercibles.

La propiedad privada (ni común, ni anticomún) es la única forma de cortar de raíz estos inconvenientes, aunque su existencia en exclusividad y en términos categóricos es un supuesto teórico extremo que también se torna ineficiente, y de hecho no existe en ninguna legislación conocida, pues siempre se admiten aunque sea unos pocos derechos reales parciales sobre las cosas.

Si hay múltiples derechos de exclusión entre diversos propietarios de una misma cosa, existirá una tendencia a que cada uno intente de alguna manera «retener» parte del recurso de los demás impidiendo su utilización, lo que lleva a la ineficiencia en la explotación⁴⁶. Este ejercicio irracional de los derechos de exclusión, que lleva a la subexplotación, se da porque los individuos no internalizan la totalidad de los costes de subexplotación (paralelamente, cuando se trata de bienes comunes, la sobreexplotación se presenta porque cada propietario común no internaliza la totalidad de los costes de sobreexplotación). Un claro ejemplo se presenta cuando alguien quiere comprar la totalidad de los derechos sobre un inmueble y un propietario fragmentario se opone, aun cuando la cosa en una sola mano valga mucho más que si las facultades están divididas; su resistencia basta para que no se pueda unificar la propiedad, y si bien perjudica su propio derecho, no internaliza todo el coste de su desacuerdo, sino una mínima parte que coincide con la magnitud de su derecho parcial. Este inconveniente se presenta tanto en los supuestos de propiedad común (condominio) como anticomún (propiedad dividida). Según Parisi, Depoorter y Schulz, la dificultad de los bienes anticomunes puede ser entendida como el problema generado por la posibilidad de que distintos dueños de una propiedad dividida decidan independientemente sobre un mismo proyecto⁴⁷.

Las propiedades común y anticomún constituyen desviaciones respecto de la privada que se proyectan en direcciones simétricas. En los dos supuestos hay una discordancia entre los derechos de uso y exclusión que no se presenta en la propiedad ordinaria, donde el titular tiene ambas potestades en plenitud. En la propiedad común, los derechos de uso son mayores que los de exclusión;

en la propiedad anticomún, los derechos de uso son reducidos en comparación con los de exclusión. En las dos hipótesis se genera una ineficiencia que desemboca en que la explotación no sea óptima: hay sobreexplotación de los bienes en propiedad común y subexplotación de los bienes en propiedad anticomún⁴⁸.

El artículo 98 de la Ley Hipotecaria, en cuanto busca excluir del Registro de la Propiedad asientos que solo reflejan derechos personales, tiende a evitar la situación anticomún que se presenta porque muchas personas (por hipótesis titulares de derechos personales registrados) pretenden tener situaciones oponibles a todos respecto de las cosas, es decir procuran poseer derechos de exclusión sobre ellas.

Aun cuando cabe presumir que los dueños no han de estar dispuestos a subdividir ineficientemente su propiedad de manera deliberada, igualmente puede caerse en situaciones de propiedad anticomún, porque nadie es infalible a la hora de predecir la utilización futura de un inmueble; ergo, circunstancias posteriores a la subdivisión inicial pueden llevar a una nueva fragmentación, y así sucesivamente, sin contar que la originaria puede tornarse ineficiente con el transcurso del tiempo por causas fortuitas⁴⁹. Una propiedad menos dividida que lo óptimo es fácil de subdividir; en cambio, una propiedad más fragmentada que lo deseable es muy difícil de revertir.

B) La tragedia de los bienes comunes

No hay mejor manera de conceptualizar la «tragedia de los comunes» que transcribiendo algunos párrafos de su mentor, GARRET HARDIN: «Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia.— Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo.— 1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a + 1.— 2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión

particular tomada por un pastor es solamente una fracción de (1.). Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos»⁵⁰.

POSNER indica que «...los derechos comunales difieren solo en grado de la ausencia de derechos, de modo que son ineficientes a menos que los costes de ejecución de derechos individuales sean desproporcionados en relación con los beneficios. Por extraño que parezca, a menudo los derechos comunales son creados por los individuos, aunque en circunstancias en que se minimiza el problema de la ineficiencia...»⁵¹. Tal es el caso de un padre que deja un campo en condominio a sus dos hijos, con los inconvenientes de que la inversión que uno haga beneficiará gratuitamente al otro, etc., fomentando el comportamiento oportunista. No obstante, en esta hipótesis el problema podría verse mitigado por los lazos afectivos que existen entre los hermanos copropietarios.

C) *La tragedia de los bienes anticomunes*

La «tragedia de los anticomunes» es el opuesto no solo nominal sino también en los hechos a la «tragedia de los comunes» y consiste en la subexplotación a la que se exponen los bienes cuando nadie tiene derechos óptimos de explotación y todos tienen derechos de exclusión⁵². La calamidad es que los individuos racionales, actuando separadamente, llevan en conjunto a desperdiciar el recurso por subexplotación, en comparación con el aprovechamiento que se obtendría de darse una situación de propiedad privada⁵³. Así como en la tragedia de los comunes los costes de la sobreexplotación del recurso se distribuyen entre todos los que tienen el derecho al uso y por lo tanto solo en mínima medida los afectan individualmente, mientras que los beneficios de la sobreexplotación son individuales, en la tragedia de los anticomunes los costes de subexplotación son mínimos para cada uno debido a su muy parcializado (tanto cualitativa como cuantitativamente) derecho de explotación, aunque si se mira la producción de la cosa en su conjunto, se generan pérdidas importantes para la comunidad. En los bienes anticomunes, los costes individuales de transacción para lograr una explotación óptima son mayores que los que genera la subexplotación del bien, es decir que los beneficios que produce una explotación óptima son menores

que los costes necesarios para lograrla. Esto es así porque los costes de transacción los soporta cada propietario *pro diviso* en particular, mientras que los de subexplotación se dividen entre todos. Por lo tanto, cuando la fragmentación llega a un punto en que el coste de reunificación del dominio es mayor que el beneficio, el recurso se subexplota. Para que un sistema de derechos reales sea eficiente, por un lado no deben concederse demasiados derechos de uso sin el correlativo poder de exclusión, y viceversa; por otro, no deberían existir muchas personas con potestad para impedir la reunificación del dominio.

BUCHANAN y YOON no solo sostienen que los bienes anticomunes llevan a una subutilización de los recursos, sino que afirman que esa infraexplotación es similar a la sobreexplotación que se da en el supuesto de los bienes comunes. Dicen que los «anticomunes» son una metáfora utilizada para comprender por qué potenciales valores económicos pueden desaparecer en un «agujero negro» de desaprovechamiento de recursos, cuantitativamente comparable a la sobreutilización a la que se encuentran propensos los bienes comunes. El nivel de infrautilización está en relación con la cantidad de personas que tienen derechos simultáneos, y en el caso límite en que muchas personas tengan derechos de exclusión y quienes quieren utilizar el bien necesitan el permiso de todos para poder hacerlo, el recurso podría ser completamente desaprovechado a pesar de su valor potencial⁵⁴.

Pongamos un ejemplo. Imaginemos cuán importantes serían las trabas al óptimo aprovechamiento de un inmueble que da a la Plaza Mayor de Madrid si el vendedor lo enajenara con la reserva, transmisible a título hereditario, de que podría utilizarlo con exclusividad determinados días festivos del año. Y que además, siendo un ateo fundamentalista, prohibiera con efectos reales la realización de toda actividad religiosa en el inmueble. Conjeturemos también que se pacta que los días en que tiene derecho a utilizarlo debe conservarse con determinado mobiliario, no pudiendo alterarse el color de las paredes por él asignado. Esta propiedad, aunque medianamente aprovechable por el adquirente, sería prácticamente invendible, o su precio sería irrisorio. Estaríamos ante una drástica disminución del valor del recurso que solo podría solucionarse mediante un acuerdo con el vendedor originario o sus sucesores, para cuyo logro podrían presentarse importantes costes de transacción y comportamientos oportunistas. Supongamos también que escenarios análogos puedan presentarse con los distintos inmuebles de una ciudad. La situación, de por sí caótica, se agravaría con cada enajenación «personalizada» del inmueble que se hiciera posteriormente, pues el pacto debería respetar las cargas anteriores y añadiría otras nuevas. La disminución de la riqueza global sería enorme. Por supuesto que el sistema de *numerus apertus* español es lo suficientemente restrictivo como para que situaciones de esa laya no puedan darse; no obstante, el ejemplo sirve como razonamiento por el absurdo, para demostrar la peligrosidad del sistema de *numerus apertus*: al permitir la personalización de los derechos

reales, genera una merma en el valor de la propiedad. Se trata de una cuestión de grados: a partir de determinado punto, que podríamos considerar óptimo para evitar la frustración de expectativas (unos pocos derechos reales sobre cosa propia, como el dominio, la propiedad horizontal, la multipropiedad, los conjuntos inmobiliarios, etc., más otros pocos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena que sean a lo sumo vitalicios, agregando las servidumbres reales necesarias para el adecuado aprovechamiento de la cosa y algunos derechos reales de garantía), toda proliferación de derechos reales sobre cosa ajena ha de generar obstáculos al aprovechamiento y pérdida de valor, sobremanera si ni siquiera están lo suficientemente estandarizados como para minimizar los costes de información. Los datos que averigüemos respecto de un inmueble serían inútiles con relación a los demás, y resultaría muy difícil establecer el valor de una finca en comparación con otra.

Analicemos otro ejemplo, más realista. Supongamos que en Extremadura, donde un campo tiene muy diversos titulares de distintos tipos de aprovechamiento (árboles de distintas especies, sus desechos, pastos de invierno, pastos de verano, etc.), se descubren nuevas técnicas que permiten hacer rendir a esas tierras ciertos cultivos de muy elevado precio, pero que desde la siembra hasta la cosecha abarcan parte del invierno y parte del verano y, además, para que crezcan adecuadamente es necesario talar todos los árboles de distintas especies con la consecuente pérdida de sus desechos; y conjeturemos también que el rendimiento de esos nuevos cultivos justifica con creces la tala de todos los árboles, la pérdida de sus desechos y la de los pastos. En un sistema de propiedad privada inmediatamente se cambiaría la explotación; en un sistema de propiedad dividida (condominio *pro diviso*), o anticomún, ello probablemente no se logre como consecuencia de los costes de transacción necesarios para conseguir el consentimiento de todos para efectuar la plantación, con lo que el campo quedaría subexplotado y, en definitiva, todos perderían. Como explica GARCÍA AMIGO, además del perjuicio que estas comunidades *pro diviso* representan en primer lugar para los copropietarios involucrados y en segundo lugar para la economía general, se presentan las situaciones de «capricho personal» de algunos de los condóminos que buscan impedir, aún con perjuicio para sí, que los demás se beneficien, «moral imperante en muchas, por no decir todas, de estas situaciones [...]». Todo lo demás son perjuicios: no se produce, no se explotan los suelos, no se invierte, no se crean —se amortizan— puestos de trabajo⁵⁵. Páginas después el mismo autor se refiere a las distintas posibilidades para «dividir» la comunidad: «La primera que cabe pensar es la de aplicar el principio básico de la *autonomía de la voluntad*: todos los partícipes en el «con-dominio», puestos de acuerdo, deciden buscar una solución racional al problema. Esta posibilidad está prácticamente descartada por la exigencia de sus propios requisitos: se requiere la *unanimidad*, con lo que basta que uno no esté de acuerdo para hacer inviable este procedimiento —y siempre habrá uno dispuesto a «perjudicarse» para perjudicar a todos—»⁵⁶.

La sub-explotación también puede estar dada por la imposibilidad de capitalizar el recurso por parte de los distintos propietarios anticomunes, ya que un derecho tan fraccionado difícilmente pueda ser utilizado como garantía de préstamos o para invertir en un negocio que involucre a otras personas, pues estas probablemente no tendrán la suficiente confianza respecto del futuro aprovechamiento de la cosa. Los posibles socios del propietario anticomún, o quienes podrían prestarle dinero, factiblemente solo se asociarán con quien tenga un derecho de propiedad pleno o le facilitarán efectivo a quien ostente un derecho de dominio perfecto, en desmedro del propietario anticomún⁵⁷.

Finalmente, la propiedad dividida dificulta la circulación de los bienes. Cuando varias personas tienen derechos reales sobre un objeto y quieren transferir el dominio, necesitan el consentimiento de todos; si alguno se opone, ocurre la tragedia de los bienes anticomunes⁵⁸. Como dice POSNER, «... si 50 personas son usufructuarios conjuntos de un pedazo de tierra, la venta de la propiedad requerirá que todos convengan en el precio y en su división entre ellos; habrá problemas de comportamiento socarrón. Las complicadas redes de parentesco de las sociedades primitivas obstruyen el surgimiento de derechos de propiedad en tales sociedades. La eficiencia requiere que los derechos de propiedad sean transferibles, y si muchas personas tienen un derecho sobre cada pedazo de tierra, las transferencias serán difíciles de arreglar»⁵⁹.

4. EL *NUMERUS CLAUSUS* ES EL SISTEMA DE DERECHOS REALES MÁS EFICIENTE

A) *La imposición de un régimen de numerus clausus como forma de evitar las tragedias de los bienes comunes y anticomunes*

La forma de superar ambas tragedias consiste en tender hacia la propiedad privada, ni común ni anticomún⁶⁰, y eso es lo que ofrece el sistema de *numerus clausus*: ve con disfavor el condominio (supuesto teórico de los bienes comunes), permitiendo y facilitando su división en cualquier momento; e impide la proliferación de derechos reales parciales (situación propicia para la aparición de la propiedad anticomún).

Debe ponderarse que a los problemas de funcionamiento de la propiedad anticomún se agrega su dificultad de reversión, dada la necesidad de consentimiento de todos los involucrados y las disputas que se generan a la hora de intentarlo. Estos conflictos producen competencia, la que debe tenderse a minimizar en cuanto sea posible. Para evitar las situaciones anticomunes es necesario, por aplicación del teorema de Coase, definir claramente los derechos de propiedad⁶¹, tornándolos identificables y verificables⁶²; la experiencia demuestra que el contenido de la propiedad es extremadamente importante, y no

solo la claridad de los derechos acordados. Cuando inadvertidamente se crean propiedades anticomunes se pagan precios muy elevados⁶³.

La propiedad común es en este sentido menos problemática, porque siempre se prevén formas expeditas de división.

B) La factibilidad de redención de los derechos reales parciales como forma de evitar los efectos de la tragedia de los bienes anticomunes

La posibilidad de crear muchas desmembraciones en la propiedad es inconveniente debido a los efectos de la «tragedia de los anticomunes», que infecta potencialmente a todas las especies de derechos de propiedad fraccionados y reduce su valor. Pero eso no obsta a que pueda haber formas de aprovechamiento dividido ventajosas, que es conveniente admitir en la medida en que sean fácilmente redimibles, por lo que el meollo de la cuestión no está en impedir la subdivisión de la propiedad, sino en facilitar su manumisión⁶⁴. Esa es la intención de la ley al establecer el carácter a lo sumo vitalicio de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, salvo las servidumbres prediales.

Si damos por sentada la posibilidad de existencia de propiedad anticomún, la ley debería prever mecanismos para deshacerla eficientemente. Su necesaria temporalidad podría ser una salida; la posibilidad de redención por procedimientos seguros y ágiles podría ser otra, etc. Esto es particularmente necesario en caso de permitirse el florecimiento de derechos reales atípicos, puesto que cuando son típicos normalmente tienen previstos mecanismos eficientes para evitar las situaciones indeseables, como ocurre con la temporalidad del condominio, la intransmisibilidad hereditaria del usufructo, etc.

El devenir histórico revela sustanciales grados de dificultad para lograr mecanismos que permitan reunificar eficientemente la propiedad fragmentada, de lo que el legislador debe tomar nota previendo sistemas que minimicen las probabilidades de subexplotación de los bienes, sin que ello implique eliminar totalmente la autonomía privada⁶⁵.

Aun siendo indisimulables los inconvenientes de la propiedad anticomún, en ciertos casos constituye una ventaja que existan distintos derechos parciales sobre una misma cosa, de lo que se induce que la ley debe buscar un equilibrio en el que no se coarten la autonomía privada y las posibilidades de explotación fragmentada de los bienes, a la vez que se impida caer en las disfuncionalidades de la propiedad anticomún. La forma más adecuada es implantar un *numerus clausus* con suficiente flexibilidad de los tipos legales y, además, permitir que por la vía contractual se regulen las restantes formas de aprovechamiento de la tierra con alcance obligacional. No es que la coexistencia de derechos reales sea *a priori* inconveniente; lo indeseable es que no se pueda revertir, por lo que lo ideal es aprovechar los beneficios que pueden emerger de las situaciones

de explotación parcializada por la vía contractual, que «nace para extinguirse», más que por la vía del derecho real, que «nace para perdurar».

C) La creación de derechos reales no estandarizados genera costes sociales que el régimen de numerus clausus tiende a evitar

La conformación de derechos reales atípicos genera costes a toda la sociedad. Es cierto que si alguien acepta recibir un derecho real no estandarizado y los terceros (como futuros adquirentes, por ejemplo) lo rechazan, bajará el valor de la propiedad, perjudicando a quien lo adquirió; pero el daño se expande y genera costes sociales, pues reduce la riqueza global y obstaculiza el crecimiento económico, que requiere orientar las actividades económicas de manera que la ganancia personal por emprenderlas coincida con el beneficio social⁶⁶. Cuando se crean derechos reales, se genera una red intercontractual que afectará en el futuro a todos los que pretendan adquirir derechos de igual clase sobre el mismo objeto, perjudicando la alienabilidad del recurso⁶⁷. El *numerus clausus* orienta la voluntad del propietario hacia la disposición de activos, desincentivando la creación de complejas y novedosas formas de propiedad; uno de los principales fines que lo inspiran es la limitación de la fragmentación intertemporal del dominio, reduciendo los derechos parciales a figuras que permiten una descomposición, a lo sumo, vitalicia. Si de un lado está la libertad del dueño de ejercer el derecho de disposición de las cosas que constituyen su patrimonio, del otro está el interés de la sociedad en preservar la alienabilidad de los recursos inmobiliarios. Si bien la autonomía privada es un concepto general aceptado por el Derecho, también lo es la alienabilidad de los recursos inmobiliarios, siendo pertinentes los límites donde el desenvolvimiento de uno dificulta gravemente el ejercicio del otro. Se trata de dos instituciones fundamentales cuyo desarrollo debe ser optimizado por el orden jurídico, impidiendo que uno ponga cotos inaceptables al otro. La solución óptima consiste en la maximización del desenvolvimiento de cada uno, minimizando las interferencias negativas en el otro. Cuando se crean derechos reales parciales, se generan cargas reales que limitan el poder del propietario y, consiguientemente, su autonomía privada respecto del recurso. El ejercicio indiscriminado de esta potestad restringe, correlativamente, el poder de uso de los distintos sujetos contratantes respecto del objeto, aunque los poderes de exclusión normalmente se mantienen fuertes, generándose una disconformidad creciente que desemboca en la tragedia de los bienes anticomunes. En este ámbito, la libertad de enajenación puede llevar a la inalienabilidad del recurso; el ejercicio de la libertad contractual puede impedir que otros la practiquen⁶⁸.

Las decisiones puramente privadas pueden imponer costes de largo término para la propiedad y cabe presumir que el coste social de la segmentación intertemporal excede los beneficios privados de quien en un momento determinado las impone⁶⁹. Paralelamente, los costes de reunificación del dominio superan holgada-

mente a los de fragmentación⁷⁰, lo que lleva a la subexplotación. Si la regla de imposibilidad de división intertemporal del dominio (o el carácter a lo sumo vitalicio de los derechos de disfrute sobre cosa ajena, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales) fuera abrogada, renacería la posibilidad de que los testadores constituyan mayorazgos, patronatos y otras vinculaciones hereditarias que imponen a la tierra condiciones de explotación que difieren dramáticamente de las socialmente óptimas, configurándose una pirámide de derechos sobre la propiedad de enorme complejidad, que en algunas ocasiones destruiría completamente la productividad de los bienes⁷¹, tal como ocurrió durante el feudalismo.

El mercado no estandariza por sí solo los derechos reales a un nivel óptimo, por lo que es necesaria la intervención estatal para lograr el objetivo. Como dicen HANSMANN y KRAAKMAN, el régimen de los *property rights*, o derechos reales, debe ser elegido socialmente; no puede ser dejado a la libertad de los particulares ni abandonado a la labor del mercado pues, en este campo, no existe una «mano invisible» que asegure que se adoptará el régimen más eficiente⁷², lo que demuestra la ineficiencia del sistema de *numerus apertus*, pues obstaculiza el desiderátum de que los derechos reales queden perfectamente definidos y protegidos⁷³. Pero ello no quiere decir que el *numerus clausus*, que se impone como modelo de eficiencia, deba ser «estricto», habiéndose observado por la doctrina del *common law* que no es conveniente implementarlo con rigurosidad⁷⁴. No debe ser entendido como un concepto antagónico al de la autonomía privada, pues ambos pueden complementarse, y de hecho así ocurre en la mayoría de los países. De lo que se trata es de comprender por qué es adecuado que la ley proteja determinadas situaciones con el rango de derecho real y confine otras al terreno obligacional⁷⁵. En los casos en que determinados aprovechamientos parcializados podrían provocar una subexplotación de los bienes, es políticamente conveniente relegar su aparición al campo obligacional, evitándose enormes costes de transacción. No se trata de que los casos de propiedad «atípicos» no tengan cabida, sino de que la ley les brinde diferente protección que a los típicos. PARISI, DEPOORTER & SCHULZ sostienen acertadamente que la creación de formas atípicas de propiedad debe quedar gobernada por el derecho obligacional, que ofrece suficiente protección en la mayoría de las circunstancias, justificándose la dicotomía de tratamiento en la finalidad de minimizar importantes y estratégicos costes de transacción derivados de la disfuncionalidad generada por la propiedad anticomún⁷⁶.

D) El sistema de numerus clausus reduce los costes de información de los potenciales adquirentes de derechos de propiedad

El *numerus clausus* reduce los costes de información, y por ende de transacción, de quienes buscan adquirir derechos de propiedad⁷⁷. La estandarización

en tipos predeterminados y definidos permite tener mejor información sobre los derechos reales, evitándose errores de cálculo que pueden coadyuvar a la configuración de catastróficas crisis inmobiliarias, como las ocurridas hace poco tiempo en Europa y los Estados Unidos. El *numerus apertus* provee un excelente camuflaje para cargas deletéreas, cuya capacidad destructiva es frecuentemente subestimada⁷⁸. Si bien son diversas y complejas las razones que pueden derivar en una crisis inmobiliaria, la existencia de cantidades y calidades descontroladas de derechos reales conlleva importantes problemas de información y de administración que la facilitan. Dada la lista cerrada, un potencial comprador solo necesita determinar cuáles de los derechos predeterminados se le ofrecen o por cuáles está limitada la propiedad; no necesita incurrir en costes adicionales para determinar el contenido de posibles derechos no estandarizados. El coste marginal de adquirir un derecho real sobre una cosa aumenta cuanto más amplia es la variedad disponible, lo que se potencia si ni siquiera están predeterminados. Paralelamente, el beneficio marginal de contar con una mayor diversidad de derechos reales disminuye a medida que se van agregando nuevos tipos, los cuales cubren necesidades cada vez menos comunes y de menor valor.

El *numerus apertus* incrementa los costes de información sobre la situación jurídica de los inmuebles, porque permite que se graven con desmembraciones cualitativamente indeterminadas, mientras que en un sistema de *numerus clausus* se sabe de antemano que las fragmentaciones no pueden consistir más que en un puñado predeterminado y de contorno definido, salvo en cuanto es disponible el contenido de los tipos legales, disminuyéndose de esta manera los riesgos de quienes buscan adquirir derechos reales⁷⁹. Consecuentemente, el *numerus apertus* aumenta los costes de transacción a la hora de adquirir derechos reales inmobiliarios, porque las cargas reales que pueden generarse sobre los inmuebles pueden crecer de manera indefinida y desordenada, generando un entramado que sobrepasaría la capacidad humana de comprender cabalmente la dimensión de los derechos involucrados. Como metafóricamente señala RENDER, el *numerus clausus* «domestica a la bestia» que significa una miscelánea de derechos reales⁸⁰, que denomina «complejidad en la propiedad en el plano computacional», porque genera una enorme cantidad de datos que deben procesarse para obtener suficiente información acerca del estado jurídico de una cosa, en cuanto al alcance del derecho de dominio y las cargas que lo gravan⁸¹. La «estandarización» que se logra a través del *numerus clausus* reduce sensiblemente los costes de información, evitándose además la floración de figuras de contenido ambiguo, en el límite entre lo real y lo personal, con las perniciosas consecuencias que irrogan al tráfico jurídico; se facilitan así los cálculos de los terceros, reduciéndose los costes de transacción, lo que lo convierte en un sistema más eficiente.

E) *La publicidad de los derechos reales y los costes de acceso a la información*

Siguiendo a ARRUÑADA, cabe señalar que para que los derechos reales sean efectivos, para que resulten «enforzados», es necesario un adecuado sistema de publicidad; de lo contrario, la mayoría de las buenas transacciones inmobiliarias que se concretan diariamente se frustrarían en virtud de la asimetría informativa que existe entre el enajenante y el adquirente, ya que este último no tendría una adecuada forma de conocer los derechos reales que existen sobre la propiedad que pretende comprar y que, por ende, le serán oponibles. Esa publicidad se logra, en la mayoría de los estados modernos, a través de los registros inmobiliarios. No obstante, la adecuada publicidad es insuficiente para que un sistema de derechos reales resulte eficaz. Es que aún debidamente publicitados, cuanto mayor sea la cantidad de derechos reales que afectan a un inmueble, mayores serán los costes de transacción en las operaciones, por dos razones: por un lado, porque debe hacerse un minucioso estudio de esos derechos para ver en qué medida podrían afectar al adquirente; por otro, porque para que la adquisición del derecho de propiedad sea «plena» y «limpia» se necesita el consentimiento⁸² de todos los titulares de derechos reales parciales. Esa conformidad se puede lograr por dos caminos: a) contratando con cada titular de manera directa y b) a través del tiempo, mediante un sistema de prescripción. Cada una de estas vías tiene graves inconvenientes: la primera es extremadamente costosa, sobre todo ante la probable presencia de comportamientos oportunistas; la segunda es pavorosamente insegura, porque antes de que se cumpla el plazo de prescripción el titular del derecho real parcial podrá lograr con éxito el reconocimiento pleno de su derecho.

Uno de los grandes problemas del *numerus apertus*, que acompaña la tendencia a la subexplotación de los recursos, es que al permitir muchos derechos reales entorpece las transacciones, puesto que la obtención del consentimiento de todos los titulares se hace muy dificultosa. Esto lleva a una retracción en el tráfico inmobiliario y por ende en el desarrollo. En efecto, los contratos individuales no transmiten la propiedad plena si no se logra la aquiescencia de todos los titulares de derechos reales que afectan a la cosa. Desde otro ángulo, esos acuerdos transmitirán el dominio, pero limitado y condicionado por todos los demás derechos reales de cuyos titulares no se obtuvo el visto bueno para que la nueva transmisión sea completa. En palabras de ARRUÑADA, «para crear derechos reales perfectos tiene que producirse algún tipo de contratación secundaria entre las partes que celebran la transacción y quienes ostenten derechos reales afectados por aquella, a fin de que estos últimos presten su consentimiento»⁸³. Esta transacción «secundaria» no tiene que ser necesariamente *ex post*; puede obtenerse en el acto mismo de la contratación, o mediante un negocio secundario posterior, o incluso implícitamente a través del transcurso del tiempo (tal es el caso de la prescripción adquisitiva), pero en este supuesto

el derecho será inseguro, porque mientras el plazo de prescripción no se cumpla no será oponible al titular de un derecho real contradictorio⁸⁴.

Si bien se observa, los derechos reales generan grandes ventajas para la sociedad, pero también conllevan inconvenientes, entre los cuales se destacan los costes de transacción de los negocios inmobiliarios. Un buen sistema de derechos reales tiene que contemplar esta circunstancia y, además de garantizar la adecuada especialización en la utilización de la riqueza inmobiliaria y la seguridad de los derechos reales, debe afianzar un ágil sistema de transmisiones que de seguridad jurídica a los adquirentes. Optar por un sistema de *numerus apertus* o de *numerus clausus* e imponer las condignas limitaciones al régimen que se adopte no es indiferente a este respecto, y a esta altura resulta evidente que la estandarización de los derechos reales, con suficiente disponibilidad de su contenido, es la mejor opción.

5. EXPOSICIÓN Y REFUTACIÓN DE LA POSTURA QUE SOSTIENE UNA MAYOR EFICIENCIA ECONÓMICA DEL RÉGIMEN DE *NUMERUS APERTUS*

A) *La opinión de Figueroa Cercedo y su refutación*

En 2004, FIGUEROA CERCEDO ha sostenido que es económicamente más eficiente el sistema de *numerus apertus*⁸⁵. La conclusión es falsa, por lo que no conmueve la expuesta en el apartado anterior. El procedimiento que ha utilizado es erróneo ya que partió de premisas equivocadas, omitió datos trascendentes, no analizó avances esenciales del análisis económico del derecho, y los silogismos que empleó son en varios casos equivocados.

Por lo pronto, el autor enfrenta el *numerus apertus* a un sistema cerrado «que no permite la creación o modificación de derechos reales»⁸⁶, cuando todos los sistemas de *numerus clausus* tienen alguna disponibilidad de contenido de los tipos legales. Sostiene que al no permitirse la creación de nuevos derechos reales, no se logran los resultados buscados, por lo que se debe recurrir al asesoramiento profesional, lo que genera mayores costes y hace menos eficiente el sistema⁸⁷; pero no advierte que en un régimen abierto también tendría que recurrirse al asesoramiento profesional para lograr la creación de nuevas figuras de derechos reales, perfilarlos adecuadamente e instrumentarlos de manera tal que tengan posibilidades razonables de superar el tamiz del control de acceso al Registro de la Propiedad. Postula que limitar los derechos reales en un marco en que se inscriben ciertos derechos personales (como el arrendamiento) sería absurdo, volviéndose intrascendente la discusión *numerus apertus* — *numerus clausus*, pues bastaría con la inscripción de todo derecho real que pudiera constituirse. El error consiste aquí en equiparar un derecho personal inscripto a un derecho real, como si la única diferencia que existe entre ellos fuera la oponibilidad.

El análisis de costes que efectúa para concluir en la mayor eficiencia del *numerus apertus* es equivocado, pues solo pondera los costes y beneficios individuales de quienes pretenden generar derechos reales⁸⁸, omitiendo datos tan trascendentes como los costes sociales que se producen al engendrar situaciones reales inconvenientes. Esto es inaceptable, porque el meollo del problema radica en los costes sociales derivados de la imposición de figuras reales deletéreas que habrán de soportar quienes deseen adquirir en el futuro la titularidad de las cosas que los soportan. El autor parece centrar el problema en la «oponibilidad» de los derechos reales, que sin duda se solucionaría con una adecuada publicidad, sin advertir que el punto crucial es el carácter imbricativo que tienen sobre las cosas, que conlleva que cuando se tornan ineficientes significan una merma de productividad, debido a su dificultosa redención.

Luego se refiere a los accesibles costes de inscripción de un derecho real, sin recabar en los de calificación, y mucho menos en los de información, lo que se hace evidente cuando dice que los costes de publicidad de nuevos derechos reales «serían los mismos que acarrea inscribir un contrato de arrendamiento...»⁸⁹. Apelando al criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS⁹⁰ concluye en la superioridad del sistema abierto, pues los beneficios económicos serían mayores que los costos, pero el razonamiento se descalifica con solo advertir que analiza los costes materiales de constitución, sin ponderar los sociales que la modelación de nuevas figuras que se adhieren permanentemente a la cosa generan para toda la sociedad.

Más incompatible todavía es que lo único problemático de un régimen de *numerus apertus* en la necesidad de publicidad, con la cual ya estaría protegida toda la sociedad⁹¹; ese es solo el comienzo del problema, como lo hemos demostrado.

Tampoco analiza, y mucho menos sopesa, que muchas de las supuestas ventajas y «eficiencias» que postula del sistema abierto se logran a través de contrataciones en grado personal con similar contenido, pues parte de la equivocada premisa de que las formas atípicas de utilización de los bienes solo podrían lograrse a través de derechos reales⁹².

Sostiene que el sistema español es «mucho más eficiente para las operaciones comerciales, ya que las personas dan el uso adecuado de sus bienes de acuerdo a las necesidades y requerimientos de otras personas u operaciones comerciales»⁹³, sin siquiera analizar las abundantes y complejas resoluciones de la DGRN, que tornan muy dificultoso el acceso al Registro de nuevos derechos reales, además de no ponderar la tutelabilidad de esas situaciones en grado personal que puede lograrse en todos los sistemas de *numerus clausus*.

Finalmente, ni siquiera menciona avances ineludibles efectuados por el Análisis Económico del Derecho (método del que dice valerse), que llevan a conclusiones opuestas a las que postula, como las tragedias de los bienes comunes y anticomunes, lo que resta todo valor al *opus*.

IV. CONCLUSIONES

1. SINOPSIS DE LAS RAZONES QUE APUNTALAN LA INEFICIENCIA ECONÓMICA DEL SISTEMA DE *NUMERUS APERTUS* EN MATERIA DE DERECHOS REALES

Existen dos premisas en materia de análisis económico de los derechos reales: a) que los derechos de propiedad estén correctamente definidos ofrece incentivos para la producción, puesto que cuanto más indeterminación padezcan, menos aliciente habrá para emplear recursos en ellos dado que el resultado de la inversión se tornará más riesgoso; b) el marco institucional de los derechos reales tiene decisiva incidencia en los costes sociales de comercialización, por lo que el gobierno debería adoptar como política legislativa un sistema de derechos de propiedad que reduzca al mínimo posible los costes de transacción.

Se pueden dar tres situaciones teóricas de concurrencia de derechos sobre una cosa: a) propiedad común, b) propiedad anticomún y c) propiedad privada. La propiedad común se presenta cuando, respecto de un recurso, todos tienen derecho a utilizarlo y ninguno a excluir su uso por parte de los demás, como ocurre con una laguna pública o las calles de una ciudad. La propiedad anticomún se manifiesta cuando todos tienen derecho a excluir el uso de los demás y nadie a utilizar el recurso, como podría darse en ciertas zonas naturales especialmente preservadas. La propiedad privada aflora cuando, respecto de un recurso, una misma persona tiene derecho a aprovecharlo y a excluir a los demás de su utilización, como sucede si un solo individuo es dueño de una cosa.

Tanto en la propiedad común como en la anticomún existe una disconformidad entre los derechos de uso y exclusión que no se presenta en la propiedad privada.

A pesar de su estructura formal, un condominio de unas pocas personas o una propiedad desmembrada con algún derecho real, como usufructo o servidumbre, no constituyen respectivamente ni una situación de propiedad «común» ni «anticomún», puesto que estas se dan en casos extremos, donde la «comunidad» y «anticomunidad» incluyen tal número de personas que se elevan enormemente los costes de transacción y se hace difícil lograr acuerdos eficientes. Consecuentemente, desde la óptica económica, un pequeño condominio o una propiedad con alguna desmembración deben considerarse situaciones de propiedad privada.

Una hipótesis de concurrencia anticomún estricta suele darse muy excepcionalmente, lo que ha llevado a la teoría económica a proponer un modelo atenuado que resulta más realista y se da cuando muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, paralelamente, su propio derecho de utilización se encuentra acotado, no pudiendo gozarlo en plenitud, lo que ocurre cuando hay varios derechos cualitativamente distintos y cuantitativamente limitados sobre una cosa, verbigracia un inmueble afectado por gran cantidad de derechos reales asignados a personas distintas. Un típico

ejemplo es el del condominio *pro diviso*. El sistema de *numerus apertus* es un caldo de cultivo para esta clase de escenarios.

La disconformidad entre los derechos de uso y exclusión lleva a que sean ejercidos de manera irracional, desembocando en la sobreexplotación y subexplotación de los bienes. Cuando los derechos de uso superan a los de exclusión, se genera una sobreexplotación; cuando los de exclusión superan a los de uso, se presenta una subexplotación. El ejercicio insensato de los derechos de uso y exclusión encuentra explicación en que sus titulares no internalizan la totalidad de los costes de sobreexplotación y subexplotación, sino una mínima parte. Esto ha sido demostrado en la ciencia económica a través de dos teorías simétricas opuestas: la «tragedia de los bienes comunes» y la «tragedia de los bienes anticomunes».

La «tragedia de los bienes comunes» consiste en la sobreexplotación a la que tienden los recursos comunes, debido a que cada agente económico trata de obtener el máximo provecho posible sin considerar adecuadamente los costos, porque los beneficios los recibe en exclusividad mientras que los costos los comparte con el resto de la comunidad que utiliza el recurso.

La «tragedia de los bienes anticomunes» radica en la subexplotación a la que llevan los recursos anticomunes, que halla explicación en que cada individuo incurre en costes de negociación que asume íntegramente para intentar una explotación óptima, pero soporta con toda la comunidad los costes de no lograrla, lo que desemboca en que los beneficios que genera una explotación adecuada sean menores que los costes necesarios para conseguirla. El nivel de subutilización está relacionado con la cantidad de personas que gozan de derechos simultáneos; en el caso límite en que muchos individuos tienen derechos de exclusión y quienes quieren utilizar el bien necesitan el permiso de todos para lograrlo, el recurso podría ser completamente desaprovechado a pesar de su valor potencial. La subexplotación se genera debido a la existencia de costes de transacción; sin ellos los propietarios anticomunes podrían reordenar sus derechos en cualquier momento a través de una negociación colectiva que lleve a una asignación eficiente de sus posesiones, pero es indiscutible que los costes de negociación no solo existen, sino que tienden a ser cuantiosos, lo que lleva a que por aplicación del teorema de Coase («cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad») sea decisivo elegir un sistema de derechos reales que permita una asignación eficiente de los recursos. Hasta un determinado grado de costes de transacción no es necesaria la injerencia estatal para asignar la propiedad de los recursos porque el mercado puede hacerlo eficientemente, pero a partir de determinado nivel es imprescindible. Esto ocurre cuando se trata de especificar la clase de derechos posibles sobre las cosas, dado que la existencia de muchas partes en una eventual negociación, sumada a la presencia de derechos inciertos

y complejos, constituyen factores que elevan de manera significativa los costes de transacción.

La forma de evitar las tragedias de los bienes comunes y anticomunes consiste en tender hacia la propiedad privada, y ello se logra a través de un régimen de *numerus clausus*, que por un lado ve con disfavor el condominio, facilitando su disolución y evitando por ende los problemas de la propiedad común, y por otro conjura la proliferación de derechos reales parciales, con lo que soslaya los inconvenientes de la propiedad anticomún.

Aun dentro de un sistema de *numerus clausus* es necesario facilitar la redención de los derechos reales parciales; es por ello que normalmente los derechos de disfrute sobre cosa ajena son, a lo sumo, vitalicios.

El *numerus clausus* orienta la voluntad del propietario hacia la disposición de activos y desincentiva la creación de complejas y novedosas formas de propiedad; uno de los principales fines que lo inspiran es la limitación de la fragmentación inter temporal del dominio, reduciendo los derechos parciales a figuras que permiten una descomposición, a lo sumo, vitalicia. Es que si bien de un lado está la libertad del dueño de ejercer el derecho de disposición de las cosas que constituyen su patrimonio, del otro está el interés de la sociedad en preservar la alienabilidad de los recursos inmobiliarios. Las decisiones puramente privadas pueden generar costes de largo término para la propiedad y cabe presumir que el coste social de la segmentación inter temporal excede los beneficios privados de quien en un momento determinado la impone.

La generación de tipos de derechos reales no puede quedar sujeta a la libertad de los particulares ni abandonada al mercado ya que, en este campo, no existe una «mano invisible» que asegure que se tomarán las decisiones más eficientes. La creación de formas atípicas de aprovechamiento de las cosas debe quedar gobernada por el derecho obligacional, que ofrece suficiente protección en la mayoría de las circunstancias; de esta manera se minimizan importantes y estratégicos costes de transacción derivados de la disfuncionalidad generada por la propiedad anticomún.

En materia de derechos reales, el *numerus clausus* es más eficiente que el *numerus apertus* porque: a) reduce los costes de información de quienes buscan adquirir derechos reales; b) evita la floración de figuras de contenido ambiguo, en el límite entre lo real y lo personal, con las perniciosas consecuencias que irrogan al impedir que los terceros calculen adecuadamente el valor de la propiedad y la dimensión de los derechos parciales; c) el coste marginal de adquirir un derecho real sobre una cosa aumenta cuanto más amplia es la gama de opciones, sobremanera si ni siquiera están predeterminadas; d) el beneficio marginal de contar con mayor disponibilidad de derechos reales disminuye a medida que se van agregando nuevas figuras, las cuales cubren necesidades cada vez menos comunes y de menor valor.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO, J. Derechos reales innominados, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1959, núm. 374, Madrid, pp. 485-505.
- ADROGUÉ, M. I. *El derecho de propiedad en la actualidad - Introducción a sus nuevas expresiones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- ALBALADEJO, M. *Derecho Civil - III - Derecho de Bienes - Volumen primero - Parte general y derecho de propiedad*, 8.^a edición, Barcelona, Bosch, 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Instituciones de Derecho Civil - Derecho de Cosas*, Bolonia, Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, 1964.
- AKKERMANS, B. The principle of numerus clausus in European property law, *Inter-sentia, Ius Commune Europaeum Series*, núm. 75, 2008.
- ALCHAIN, A. A. Some economics of property rights, en *Il Politico, Revista di Scienze Politiche diretta da Bruno Leoni*, Año XXX, núm. 4, diciembre de 1965, pp. 816-829.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA, U., M., VODANOVIC, A. *Tratado de los Derechos Reales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 2 tomos.
- ALLENDE, G. L. *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- ALPA, G., BESSONE, M., FUSARO, A. Tipicità e numero chiuso dei diritti reali. Posizioni della dottrina, orientamenti giurisprudenziali, en *Altalex - Quotidiano d'informazione giuridica*, publicación on line en www.altalex.com, s.d.
- ALTERINI, J. H. El *numerus clausus* en los derechos reales, en Autores Varios: *Código Civil peruano - diez años - balance y perspectivas*, Tomo I, publicación a cargo de la Universidad de Lima, Perú, WG Editor EIRL, 1995.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *Curso de derechos reales*, Tomo I: *Propiedad y posesión*, Madrid, Civitas, 1986.
- AREÁN, B. *Derechos Reales*, 6.^a edición, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- ARGÜELLO, L. R. *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 3.^a edición, 1988.
- ÁRRAGA PENIDO, M. O. *Servidumbres atípicas*, Buenos Aires, La Ley 1985-C-199/234.
- ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Centro de Estudios, 2004. Título original: Property Enforcement as Organized Consent, en *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 401-444.
- BARBERO, D. *Sistema del Derecho Privado II - Derechos de la Personalidad - Derecho de Familia - Derechos Reales*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1967 —original: Sistema del diritto privato italiano, 6.^a edición, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962—.
- BELFIORE, A. *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1979.
- BIANCA, C. M. *Diritto Civile. VI. La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999.
- Oneri reali e obbligazioni reali: tra *numerus clausus*, principio di relatività dei contratti e funzione sociale della proprietà, en VVAA: *Studi in onore di Giuseppe Gandolfi*, vol. I, Accademia dei Giusprivatisti Europei, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 535-541.
- BIGLIAZZI GERI, L., BUSNELLI, F. D., BRECCIA, H., NATOLI, U. *Diritto Civile 2. I diritti reali*, Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1988.

- Oneri reali e obbligazioni *propter rem*, en Cicu, Antonio; Messineo, Francesco; Mengioni, Luigi: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1984.
- BORDA, G. A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, 4.^a edición, Buenos Aires, Perrot, 1992.
- BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho Civil Español*, Tomo Segundo: *Derechos Reales*, Barcelona, Bosch, 1955.
- BRANCA, G. *Instituciones de derecho privado*, traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo, México, Porrúa, 1978.
- BUCHANAN, J. M., YOON, Y. J. Symmetric tragedies: commons and anticommons, en *Journal of Law and Economics*, vol. 43, núm. 1. — Apr. 2000 —, pp. 1-13.
- CANTÚ, C. *Historia Universal*, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, vertida al español en vista de las reformas y correcciones hechas por el autor en la última edición italiana por distinguidos literatos y continuada bajo la dirección de D. Francisco Nacente y Soler. Edición original en Milán, sin fecha, con prólogo de 1847. Edición en español: Marcelino Bordoy, Buenos Aires, sin fecha. 12 tomos.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral, obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas*, sexta edición, Tomo II [Derechos reales - Derecho de obligaciones], Madrid, Reus, 1943.
- CHÉNON, É. *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923.
- CHICO ORTIZ, J. M. *Complemento al derecho hipotecario y su legislación*, Madrid, Montecorvo, 1974.
- *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo I, 3.^a edición, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- Momento actual de la legislación hipotecaria española, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LIII, julio-agosto 1977, núm. 521, Madrid, pp. 819 y sigs.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo I: Introducción - Parte General - Propiedad - Derechos Reales, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1941.
- CLERC, C. M. *Derechos reales e intelectuales*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- COASE, R. El problema del costo social, publicado originalmente bajo el título: The Problem of Social Cost, en *The Journal of Law and Economics*, octubre de 1960, pp. 1-44.
- COMPORTI, M. Capítulo XXX, en Besone, Mario [dir]: *Istituzioni di diritto privato*, 5.^o ed., Torino, Giappichelli, 1998.
- Diritti reali in generale, en Cicu, Antonio; Messineo, Francesco; Mengioni, Luigi: *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, t. I, Milano, Giuffrè, 1980.
- Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2006.
- CONTRERAS, P. P. Capítulo 1 en Contreras, Pedro Pablo [coord], Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y Pérez Álvarez, Miguel Ángel: *Curso de Derecho Civil [III] - Derechos Reales*, Madrid, Colex, 2004.
- COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez [título original: Law and Economics], México, Fondo de Cultura Económica, 1.^a edición en español, reimpresión, 1999.
- CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1984, núm. 561, Madrid, pp. 271-307.

- COSSARI, NELSON G. A. El derecho real de superficie en los albores del siglo XXI: nuevas manifestaciones legislativas en Cataluña, Brasil y Argentina, en *Revista Electrónica de Derecho Comparado*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, s.d.
- COSSÍO CORRAL, A. de. *Instituciones de Derecho Civil, 2. Derechos Reales. Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1975.
- COSTANZA, M. *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981.
- CUADROS VILLENA, C. F. *Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1994.
- CUNHA GONÇALVES, L. da. *Tratado de Direito Civil em comentario ao Código Civil Português*, 2.^a edição atualizada e aumentada e 1.^a edição brasileira, vol. XI, Tomo I, anotado por Jayme Landim, São Paulo, Max Limonad, ¿1962? —s.d.—.
- CURA GRASSI, D. C. *Derechos Reales - I - Parte General*, Buenos Aires. Depalma, 1998.
- DAGAN, H. *Property. Values and institutions*, England, Oxford University Press, 2011.
- DASSEN, J., VERA VILLALOBOS, E. *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962.
- DELLA COSTA, H. *Breviario de los Derechos reales romanos*, Buenos Aires, Cathedra, 1970.
- DAVIDSON, N. M. Standardization and pluralism in property law, en *Vanderbilt law review*, vol. 61, núm. 6, noviembre de 2008, pp. 1597-1663.
- DE BUEN, D. *Derecho Civil Español Común*, 2.^a edición, Madrid, Reus, 1930.
- Notas sobre el Derecho Civil Español, en Colin, Ambrosio; Capitant, H: *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2.^a edición revisada por Juan Ossorio Morales, tomo II, vol. II: De los bienes y de los derechos reales principales, Madrid, Reus, 1942.
- DEMOLOMBE, C. *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, 10.^a edición, Tomo 1.^o, París, Auguste Durand y L. Hachette et Cie., 1861.
- DÍAS PEREIRA, A. G. *Servidões Prediais e Obrigações propter rem*, participación presentada en el Congreso Conmemorativo de los 35 años del Código Civil —Derechos Reales—, que tuvo lugar los días 28 y 29 de noviembre de 2003 en la Facultad de Derecho de Coimbra, Internet, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dias2003.pdf
- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro - 4. Direito das Coisas*, 24.^a edição reformulada, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L. Autonomía Privada y Derechos Reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, marzo-abril de 1976, núm. 513, Madrid, pp. 273-305; también publicado en Autores Varios: *Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977, pp. 299-330.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 4.^a edición, Madrid, Civitas, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, 7.^a edición, Madrid, 2001 —1.^a edición: 1977—.
- DORFMAN, A. *Property and collective undertaking: The principle of numerous clauses*, 61 University of Toronto Law Journal, 467 2011.
- EDGEWORTH, B. The *numerus clausus* principle in contemporary australian property law, en *Monash University Law Review*, vol. 32, núm. 2, 2006, pp. 387-419.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Autonomía privada y garantías reales, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* —obra al cuidado de un comité organizador integrado por Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto—, Tomo III: Derecho Civil - Derechos Reales - Derecho de Familia, Madrid, Civitas, 2003.
- ESPÍN CANOVAS, D. *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II: *Derechos Reales*, 5.^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1977.
- FALCÓN, M. *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Tomo II, 3.^a edición, España, Gracia - Tipografía Industrial Económica, 1888.
- FEIGÍN DE BENDERSKY, M. E. La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 31, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1966, pp. 93-116.
- FERNÁNDEZ DE CARBALLO, A. R., FRONTINI, E. M. Á., FRONTINI, Á. A. La influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales, en *Revista Notarial*, núm. 57, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1989.
- FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?.*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book.
- FONT BOIX, V. Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, en *Revista de Derecho Español y Americano*, año V, núm. 24, Madrid, 1958.
- FUENTES CASTRO, D. *Teorías [demasiado] trágicas sobre la explotación de recursos en régimen de propiedad común*, Universidad de Vigo, Internet, s.d.
- FUSARO, A. Il numero chiuso dei diritti reali, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 439-450.
- GAMBARO, A. Note sul principio di tipicità dei diritti reali, en *Le monografie di Contratto e impresa. Serie diretta da Francesco Galgano*. 49. *Clausole e principi generali nell' argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, al cuidado de Luciana Cabella Pisu y Luca Nanni, Milán, Cedam, 1998.
- GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, pp. 173-201.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, en Gómez Gállico, Francisco Javier: *La calificación registral*, Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.
- GARRIDO, P. *Spain*, Internet, s.d. <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Spain.pdf>
- GATTI, E., ALTERINI, J. H. *El derecho real - Elementos para una Teoría General*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005.
- GATTI, E. *Derechos Reales - Teoría General [Tesis Doctoral «Premio Facultad»]*, Buenos Aires, Lajouane, 2006.
- GIL DE AZZOLLINI, R. Recepción de los Derechos Reales del Derecho Romano en el Derecho Peruano, en Torrent Ruiz, Armando: *Actas del II Congreso Internacional y*

- V Iberoamericano de Derecho Romano —Los Derechos Reales—*, Madrid, Edisofer S. L., 2001.
- GOMES, O. *Direitos Reais*, Río de Janeiro, Companhia Editôra Forense, 1.^a edição, 1958.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual, en Gómez Gállico, Francisco Javier: *La calificación registral*, Tomo I, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Imprenta de Estanislao Maestre, 1924.
- *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Tomo III, Madrid, Ministerio de Justicia - Sección de Publicaciones, 1948.
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*, 4.^a edição revista, Editoria Saraiva, São Paulo, 2009.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, enero-febrero 2006, núm. 693, Madrid, pp. 309-315.
- La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2007, núm. 699, Madrid, pp. 313-319.
- GORDILLO CAÑAS, A. Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario Registrales: Sistema español, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 527-694.
- GORDILLO CAÑAS, A. 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, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1998.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 5.^a edición, Tomo Segundo, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881.
- HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies*, vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, pp. 373-420.
- HARDIN, G. *La tragedia de los comunes*, traducción de Horacio Bonfil Sánchez, en *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995 —título original: The Tragedy of Commons, en *Science*, v. 162, 1968, pp. 1243-1248.
- HEDEMANN, J. W. *Derechos Reales*, vol. II, Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], pp. 1163-1223.
- The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, en *Harvard Law Review*, vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 622-688.
- HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983.

- HIGHTON, E. I. *Lineamientos de Derechos Reales*, Buenos Aires, *Ad Hoc*, 1988.
- JOSSERAND, L. *Derecho Civil*, Revisado y completado por André Brun, Tomo I, vol. III: *La propiedad y los otros derechos reales y principales*, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América y Bosch y Cía. editores, 1952.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. El sistema de derechos reales limitados. ¿*numerus clausus* o *numerus apertus*? Planteamiento. La polémica en el Derecho español. Los límites a la creación de nuevos tipos de derecho real, en Lacruz Berdejo, José Luis - Luna Serrano, Agustín - Delgado Echeverría, Jesús - Mendoza Olivan, Víctor: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, Volumen Primero: *Posesión y Propiedad*, 3.^a edición [reimpresión revisada en 1991], Barcelona, Bosch, 1990.
- LAFAILLE, H. *Derecho Civil*, Tomo III, *Tratado de los Derechos Reales*, vol. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores SRL, 1943.
- LALAGUNA D., E. *Curso de Derecho civil III - Derecho de cosas. Volumen I - Introducción. La posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LAQUIS, M. A. *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- LASARTE, C. *Principios de derecho civil*, Tomo 4, *Propiedad y derechos reales de goce*, 4.^a edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- LAURENT, F. *Principios de Derecho Civil*, traducción castellana —sin dato de traductor—, 2.^a edición, Tomo 6, Puebla, J. B. Gutiérrez, 1912.
- LEGÓN, F. *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma*, Tomo V: *Súper-Estructura de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1942.
- LÓPEZ CASTIÑEIRA, J. L. Comentario al artículo 2502 del Código Civil, en Kiper, Claudio [director]: *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía. Derechos Reales, Tomo I, artículos 2311 a 2610*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Zavallía, 1989.
- MAISCH VON HUMBOLDT, L. *Derechos Reales*, en *Código Civil. V. Exposición de motivos y comentarios*, Lima, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1988.
- MARIANI DE VIDAL, M. *Derechos Reales*, 7.^a edición, Buenos Aires, Zavallía, 2004.
- MARTÍN PÉREZ, A. *Derechos Reales I - Doctrinas Generales - La Posesión*, Zaragoza, Noticiero, 1958.
- MATEO Y VILLA, Í. *El sistema inmobiliario suizo*, Granada, Comares, 2013.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, vol. IV*, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América —Ejea—, 1960; s.d. de la edición original.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadoradora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en Gómez Gállico, Francisco Javier: *La calificación registral*, Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.
- *Derechos reales y titularidades reales*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736 (pp. 763-859).
- MERRILL, T. W., SMITH, H. E. Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle, in *The Yale Law Journal*, vol. 110, October 2000, num. 1, pp 1-70.

- MERRYMAN, J. H. Policy, autonomy, and the *numerus clausus* in Italian and American property law, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1963, pp. 224-231.
- MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Traducción de Santiago Sentís Melendo de la octava edición italiana [título original: *Manuale di diritto civile e commerciale —diritti della personalità, diritto della famiglia; diritti reali—*]; Tomo III: Derechos de la personalidad - Derecho de familia - Derechos reales, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.
- MESSINETTI, D. *Oggettività giuridica delle cose incorporalli*, Milano, Giuffrè, 1970.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. El Derecho Real. 3. Organización y disciplina de los derechos reales. 6. La cuestión del *numerus clausus*. Los derechos reales atípicos, en López y López, Ángel M. y Montés Penadés, Vicente L —coordinadores—: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- MOZOS, J. L. de los. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1993. — *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, Montecorvo, 1991.
- MUSTO, N. J. *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- NATUCCI, A. *La tipicità dei diritti reali*, Pádova, Cedam, 1982.
- NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, núm. 250, mayo de 1949, pp. 137-171.
- O'CONNOR, P. *Contractual specification of new property rights in resources: the problem of measurement costs*, in *Monash University Law Review*, vol. 39, núm. 1, 2013, pp. 38-65.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. de. *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1968. — *Direito civil - Reais*, 5.^a edición revisada y ampliada, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1993.
- OSSORIO MORALES, J. *Las servidumbres personales [ensayo de sistematización]*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936.
- OTERO VALENTÍN, J. Derechos posibles con relación a las cosas, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo VIII, enero-diciembre de 1921, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 262-264.
- Determinación específica de derechos reales, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XVI, enero-diciembre de 1929, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 41-47.
- Límites generales en la determinación de derechos reales», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo IX, enero-diciembre de 1922, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 97-102.
- PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 595 2002, pp. 595-632.
- PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32.
- PEÑA GUZMÁN, L. A. *Derecho Civil - Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973.

- PERALTA MARISCAL, L. L. *Sistemas de Derechos Reales: numerus apertus y numerus clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- PÉREZ LASALA, J. L. *Derechos Reales y Derechos de Crédito - Consideración especial del arrendamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- PÉREZ PÉREZ, E. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. Derecho estatal y autonómico*, 2.^a edición ampliada y actualizada, Madrid, Bosch, 2008.
- PINA, R. de. *Elementos de Derecho civil mexicano*, Volumen segundo, 2.^a edición, México, Porrúa, 1962.
- PIRAINO LETO, A. *Contratti atipici e innominati* [Collana di studi notariali, diretta da Gianfranco Gallo-Orsi], Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1974.
- PLANIOL, M., RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo III: Los Bienes [con el concurso de Mauricio Picard], Habana, Juan Buxó, 1930; nueva edición: Habana, Cultural S.A., 1932.
- POMEROY, C. J. Why is Property so Hard?, en *Rugers Law Review*, vol. 65: 2, 2013, pp. 505-542.
- PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N., TRINCAVELLI, N. E. *Los Derechos Reales en Roma*, Buenos Aires, Lerner, 1971.
- POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo L. Suárez [título original: *Economic Analysis of Law*], México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- PRETEL SERRANO, J. J. Sistemas registrales: a propriedade inscrita como a propriedade protegida, ponencia en el XIV Congreso Internacional de Derecho Registral, Moscú, 1 al 7 de junio de 2003.
- PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III: Derecho de Cosas, Barcelona, Bosch, 1953.
- PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo III: Derechos Reales, vol. I. Teoría General de los Derechos Reales, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/d.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J. *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley*, Internet, s.d.
- RAMÍREZ, E. M. *Tratado de Derechos Reales. Exposición y crítica al sistema universal dominante*. Tomo I: *Teoría General de los Derechos Reales. Bienes. Posesión*, Lima, Rodhas, 1996.
- RAMS ALBESA, J. *El derecho real o de cosas*, en Rams Albesa, Joaquín —dir.—: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo VI, *Derechos Reales*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2014.
- REINA TARTIÈRE, G. de. *La tipicidad de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 23/7/2004.
- *Sistema de Derechos Reales - Derechos reales de goce*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
- *Sistema de Derechos Reales - Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- RENDER, MEREDITH, M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review*, vol. 81, pp. 79-143, 2014.
- RIGAUD, L. *El Derecho Real. Historia y teorías. Su origen institucional*, traducción de J. R. Xirau, Madrid, Reus, 1928.
- RIPERT, G., BOULANGER, J. *Traité De Droit Civil D'Après le Traité de Planiol*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, sin fecha de publicación. Se utilizó la traducción al español de Delia García Daireaux: *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, supervisada por el Dr. Jorge Joaquín Llambías, Buenos Aires, La Ley, 1987.

- RIVERO VALDÉS, O. *Temas de Derechos Reales*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2001.
- ROCA SASTRE, R. M. *Derecho Hipotecario*, Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil* - vol. 5, *Direito das coisas*, 28.^a edição, 4.^a tiragem, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.
- ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, R. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero: *Bienes y Derechos Reales*, vol. I, 4.^a edición, México, Cárdenas, 1969.
- ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994.
- ROMANO, F. *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, Morano, 1967.
- RUDDEN, B. La Teoría Económica contro la Property Law: il problema del Numerus Clausus, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 451-481.
- SALVAT, R. M. *Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales*, 4.^a edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Sofanor Novillo Corvalán, Tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.
- SALVO VENOSA, S. de. *Direito Civil*, vol. 5, *Direitos Reais*, 9.^a edição, Atlas, São Paulo, 2009.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil é Historia General de la Legislación Española*, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo MCMLXXIV, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974, pp. 67-90.
- SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil - Teoría y Práctica*, Tomo II: *Derecho de Cosas*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s.d.
- SANZ FERNÁNDEZ, Á. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II, Madrid, Reus, 1953.
- SATURNO, A. Capítulo 39 en Stanzione, Pasquale [dir]: *Manuale di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2006.
- SCHÄFER, H.-B., OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho*, traducción de Macarena Von Carstenn - Lichterfelde [título original: *Lehrbuch der ökonomischen analyse des Zivilrechts*], Madrid, Tecnos, 1986.
- SERVAT ADUÁ, J. Derechos reales y pactos de trascendencia real, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1948, núm. 247, Madrid, pp. 750-769.
- SMITH, H. E. *Community and custom in property*, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10:5, 2009, pp. 5-41.
- SPARKES, P. Certainty of Property: Numerus Clausus or the rule of no name?, en *European Review of Private Law* 3-2012, Kluwer Law International BV, pp. 769-804.
- TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General. Negocio jurídico. Familia. Empresas y Sociedades. Derechos reales*. Traducción de la decimoquinta

- edición italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967.
- TRIMARCHI, P. *Istituzioni di diritto privato*, 12.^a edición, Milano, Giuffrè, 1998.
- TRUJILLO CALZADO, M. I. *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Barcelona, Bosch, 1994.
- VALDES, H., ORCHANSKY, B. *Lecciones de Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Lerner, 1969.
- VALENCIA ZEA, A. *Derecho Civil*. Tomo II: *Derechos Reales*, Bogotá, Temis, 1958.
- VALIENTE NOAILLES (H), L. M. *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. Derechos reales - Coursillo de conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet, reseña efectuada por Francisco Sánchez de Frutos, en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo MCMLII, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1952, pp. 675-695.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero, en *Estudios sobre Derecho de Cosas. I - Temas Generales*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 253-364.
- VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho civil Español*, Tomo II, *Parte Especial - Derechos Reales*, 2.^a edición, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920.
- VÉLEZ TORRES, J. R. *Curso de Derecho civil*, Tomo II: *Los bienes. Los derechos reales*, Madrid, sin dato, 1983.
- VODANOVIC H., A. *Curso de Derecho Civil, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo II: *De los bienes*, 2.^a edición, Santiago de Chile, Nascimento, 1957.
- WAAL, M. J. de. The Uniformity of Ownership, *Numerus Clausus* and the Reception of the Trust Into South African Law, en *European Review of Private Law*, volume 8, núm. 1, Ed. E. H. Hondus —Holanda— & M. L. Storme —Bélgica—, impreso en Holanda, 2000, pp. 439-452.
- WOLFF, M. *Derecho de cosas*, décima revisión por Martin Wolff y Ludwig Raiser [traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer], Volumen Primero: *Posesión - Derecho Inmobiliario - Propiedad*, Tercera edición al cuidado de José Puig Brutau, en Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolff Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tercer tomo: *Derecho de cosas I*, Barcelona, Bosch, 1971.
- WORTHINGTON, S. *The Disappearing divide between property and obligation: The impact of a aligning legal analysis and comercial expectation*, in *Texas International Law Journal*, vol, 42: 917, s.d., pp. 917-939.
- YGLESIAS, A. El número de los derechos reales, la superficie y los derechos de adquisición, en *Anuario de Derecho civil uruguayo*, Tomo XXV, al cuidado de Santiago Carnelli —jurisprudencia— y Jorge Gamarra —doctrina—, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J. *El derecho de propiedad: Los criterios de Vélez*, E.D. pp. 28-855.
- ZIFF, B. *Yet another function for the Numerus Clausus principle of property rights, and a useful one at ohat*, (March 19, 2012), University of Albarta, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2026088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2026088>.

NOTAS

¹ También puede consultarse mi tesis doctoral, donde se analizan detenidamente todas las cuestiones que aquí se exponen de manera resumida (PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: *Sistemas de derechos reales: numerus apertus y numerus clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015).

² GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 5.^a edición, Tomo Segundo, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, en pp. 52-55.

FALCÓN, M. *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Tomo II, 3.^a edición, España, Gracia - Tipografía Industrial Económica, 1888, p. 20.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil é Historia General de la Legislación Española*, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, p. 10.

VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho civil Español*, Tomo II, *Parte Especial - Derechos Reales*, 2.^a edición, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920, p. 19.

³ DE BUEN, D. Notas sobre el Derecho Civil Español en COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H: *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2.^a edición revisada por Juan Ossorio Morales, Tomo segundo, vol. II: De los bienes y de los derechos reales principales, Madrid, Reus, 1942.

CASTÁN TOBENAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral, obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas*, sexta edición, Tomo II [Derechos reales - Derecho de obligaciones], Madrid, Reus, 1943, p. 28. ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Derecho Hipotecario*, Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968, p. 635.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero, en *Estudios sobre Derecho de Cosas. I - Temas Generales*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 253 y sigs.

ROCA SASTRE, R. M.^a: *Derecho Hipotecario*, Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968, p. 635.

VÉLEZ TORRES, J. R. *Curso de Derecho civil*, Tomo II: *Los bienes. Los derechos reales*, Madrid, sin dato, 1983, p. 31.

CHICO ORTIZ, J. M. *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Madrid, Montecorvo, 1974, p. 120.

SERVAT ADUÁ, J. Derechos reales y pactos de trascendencia real, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1948, núm. 247, Madrid, p. 752.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Autonomía privada y garantías reales, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* —obra al cuidado de un comité organizador integrado por Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto—, Tomo III: «Derecho Civil - Derechos Reales - Derecho de Familia», Madrid, Civitas, 2003, p. 3754.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 177.

GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 187.

OTERO VALENTÍN, J. Derechos posibles con relación a las cosas, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo VIII, enero-diciembre de 1921, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 262-264.

SANZ FERNÁNDEZ, Á. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II, Madrid, Reus, 1953, p. 350.

NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, núm. 250, mayo de 1949, p. 146.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Curso de Derecho civil III - Derecho de cosas. Vol. I - Introducción. La posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 45-46.

ESPÍN CANOVAS, D. *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II: *Derechos Reales*, 5.^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1977, p. 11.

ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, p. 74.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual, en Gómez Gállico, Francisco Javier: *La calificación registral*, Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 150.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley*, Internet.

MOZOS, J. L. de los. *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 48-49.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 1953, p. 31.

SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil - Teoría y Práctica*, Tomo II: «Derecho de Cosas», Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, sin data, pp. 22-23.

GARRIDO, P. *Spain*, Internet, <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Spain.pdf>, pp. 3-4.

OSSORIO MORALES, J. *Las servidumbres personales [ensayo de sistematización]*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, pp. 88-91.

MONTÉS PENADÉS, V. L. El Derecho Real. 3. Organización y disciplina de los derechos reales. 6. La cuestión del *numerus clausus*. Los derechos reales atípicos, en López y López, Ángel M. y Montés Penadés, Vicente L. —coordinadores—: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 55.

FONT BOIX, V. Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, en *Revista de Derecho Español y Americano*, año V, núm. 24, Madrid, 1958, pp. 373-374.

BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho Civil Español*, Tomo Segundo: *Derechos Reales*, Barcelona, Bosch, 1955, p. 429.

CONTRERAS, P. P. Capítulo 1 en Contreras, Pedro Pablo [coord], Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y Pérez Álvarez, Miguel Ángel: *Curso de Derecho Civil [III] - Derechos Reales*, Madrid, Colex, 2004, p. 42.

CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1984, núm. 561, Madrid, p. 274, quien cita la comunicación presentada Enrique Moreno de Acevedo a las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario, organizadas por el IRYDA, Madrid, 1974.

⁴ ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, p. 84.

DÍEZ PICAZO, L. Autonomía Privada y Derechos Reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, marzo-abril de 1976, núm. 513, Madrid, p. 303; también en Autores Varios: *Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, Volumen II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977, p. 328.

LACRUZ BERDEJO, J. L. El sistema de derechos reales limitados. ¿*numerus clausus* o *numerus apertus*? Planteamiento. La polémica en el Derecho español. Los límites a la creación de nuevos tipos de derecho real, en LACRUZ BERDEJO, José Luis - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - MENDOZA OLIVAN, Víctor: *Derechos Reales*, Volumen Primero: *Posesión y Propiedad*, 3.^a edición [reimpresión revisada en 1991], Barcelona, Bosch, 1990, p. 28.

⁵ SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís: El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo MCMLXXIV, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974, p. 67.

⁶ MARTÍN PÉREZ, A. *Derechos Reales I - Doctrinas Generales - La Posesión*, Zaragoza, Noticiero, 1958, pp. 21-22.

HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983, pp. 50-51

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales*, Tomo I: *Propiedad y posesión*, Madrid, Civitas, 1986, p. 19.

⁷ Conf. Oliveira Ascensão, José de: *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1968, pp. 89-90.

⁸ Resolución de la DGRN de 1 de abril de 1981, citada por Román García, Antonio: *La tipicidad en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, pp. 151-152.

⁹ Boletín Oficial del Estado del 9 de noviembre de 1996.

¹⁰ Citada por GORDILLO CAÑAS, A. 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, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 477.

¹¹ Citadas por Díez Pícazo, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad*. 4.ª edición, Madrid, Civitas, 2005, p. 125.

¹² Citada por LASARTE, C. *Principios de derecho civil*, Tomo 4, Propiedad y derechos reales de goce, 4.ª edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 15.

¹³ Citada por Méndez González, F. *Derechos reales y titularidades reales*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, pp. 763-859, pp. 813-814.

¹⁴ En las páginas 339/352 de la obra citada en la primera nota al pie he recopilado gran cantidad de resoluciones restrictivas, algunas de las cuales llegan al punto de contradecir su propia línea jurisprudencial aperturista. Allí me remito.

¹⁵ ROMÁN GARCÍA, Antonio: *La tipicidad en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, p. 169.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1929, citada por Camy SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Índices generales de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Años 1925-1984*, Tomo II, Madrid, Ed. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 1273.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1963, citada por GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 176.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1893, citada por CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1984, núm. 561, Madrid, p. 288.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1922, citada por CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1984, núm. 561, Madrid, p. 288.

²⁰ Conf. PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 595 2002, p. 622: «If we had no demand for the creation of atypical property rights, the *numerus clausus* doctrine would have no reason to exist, or else its abstract application would be uncontroversial. In real life, however, individuals do attempt to create alternative property interests, rendering such doctrines relevant and often controversial».

²¹ Como dice RAMS ALBESA, «La concepción de un dominio privado pleno; es decir, susceptible de la más libre transmisión, transformación y utilización sobre las cosas, aunque principalmente inmuebles, que por ser libres e integradas en el tráfico pueden dar lugar a facultades susceptibles también de tráfico por el cual darán lugar a la generación

de derechos de goce, adquisición y garantía, obliga al Sistema jurídico a decidir, de forma clara y contundente, si tales derechos deben tener tipificación formal y material, si admiten modificaciones y con qué alcance o si, por el contrario, es suficiente la autonomía de la voluntad, también convertida en principio esencial del sistema, para su generación y configuración». (Rams Albesa, Joaquín: *El derecho real o de cosas*, en Rams Albesa, Joaquín (dir.): *Tratado de Derecho Civil*, Tomo VI, *Derechos Reales*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2014, p. 138).

²² Conf. Akkermans, quien sostiene: «In all legal systems under discussion, the principle of *numerus clausus*, the idea that there are limitations on the number and the content of property rights available for private parties, is present. In a system adhering to such a general idea, parties are not necessarily prohibited from creating new property rights, but the addition of new rights might be subject to serious restrictions. However, in other legal systems, such as the strict civil law systems of Germany and the Netherlands, parties may be prohibited by law from creating new property rights altogether. In these systems the principle of *numerus clausus* finds expression in such a way that it might be called a *rule of numerus clausus*». (Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law*, Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 403).

²³ Costanza, Maria: *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 171-174, quien con importante cortejo argumental señala: «L'idea di un numero chiuso come limite alla privata autonomia non è giustificabile né dal punto di vista storico né sotto il profilo tecnico relativamente all'attuale ordinamento. Il principio del numero chiuso, come già si è ricordato, sorse come difesa dei diritti dell'individuo nei confronti dello Stato. Sembra quanto meno strano, perciò, che oggi esso possa essere utilizzato in senso opposto, quale prerogativa attribuita allo Stato. E ciò dovrebbe ammettersi anche da coloro che attribuiscono al principio del *numerus clausus* un valore solidaristico: esso costituirebbe un freno alle prevericazioni dei soggetti economicamente più forti nei confronti di quelli più deboli. L'opinione sarebbe da condividere se l'ordinamento non contemplasse altri strumenti che, in modo analogo e forse più incisivo, realizzano la medesima funzione. Il controllo che lo Stato esercita sugli atti di privata autonomia attraverso gli interventi c.d. integrativi, sia di natura sostitutiva (art. 1339) sia suppletiva (art. 1374), impedisce almeno tendenzialmente la instaurazione di rapporti giuridici iniqui. In altri termini, anche senza una spoliazione dei privati del potere di autodeterminazioni dei propri interessi, l'ordinamento può incidere sul contenuto delle relazioni interoggettive. L'attribuire allo Stato la esclusiva regolamentazione di talune situazioni giuridiche, quali quelle di natura reale, sarebbe quindi eccessivo rispetto allo scopo che si vuole raggiungere, di evitare l'abuso della libertà contrattuale — Le considerazioni svolte appaiono ancor più plausibili se si considera che nell'attuale assetto istituzionale lo Stato non costituisce lo esclusivo portavoce dell'interesse superindividuale di cui, invece, esistono esponenti più qualificati: i gruppi intermedi portatori di un interesse omogeneo. Anzi, da questo punto di vista, attribuire allo Stato la competenza esclusiva in ordine alla disciplina di taluni rapporti giuridici potrebbe rivelarsi pericoloso: lo Stato avrebbe una posizione di privilegio di cui potrebbe facilmente abusare. E in tal senso non mancano esempi concreti. Basti pensare alla imposizione di vincoli sulla proprietà privata al di là dei «limiti costituzionali», e cioè non in funzione di una utilità sociale [...] A differenza di quanto avviene in attuazione del c.d. principio del *numerus clausus* (dei diritti reali) non si negherebbe *a priori* la creazione per iniziativa dei privati di rapporti reali diversi da quelli codificati, ma se ne ammetterebbe la efficacia giuridica solo in quanto meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. E ciò appare particolarmente opportuno al fine di evitare un distacco accentuato tra realtà sociale e realtà legale, frattura che sarebbe ingiustificata dato che l'ordinamento predispone delle norme di «cerniera» fra il diritto e la società [...]. Da quanto fin qui considerato emerge dunque che le regole poste dall'ordinamento come limiti all'esercizio dell'autonomia privata sono, per lo meno potenzialmente, idonee a realizzare da sole la «*Gerechtigkeit*» dei rapporti giuridici, pur senza frenare la evoluzione delle forme delle relazioni intersoggettive, in conformità alle tendenze istituzionali del contratto, fonte prevalente se non esclusiva di ogni situazione giuridica».

²⁴ Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law*, Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, pp. 560, 563, 564 y 570: «The system of *numerus clausus* as a test in European property law offers an *ex post* decision model as opposed to the currently recognized *ex ante* decision models. In other words, only after the legal relation has been created will the system of property law decide on the property effect. Traditionally, *ex ante* models mean that only when certain criteria are fulfilled can a property relation come into existence. The great advantage of an *ex post* system is that it offers more flexibility and that only in cases where something goes wrong with the characterisation of the right, does the test need to be invoked. Moving towards an *ex post* model would require some alterations to the national systems of property law, but not too many alterations. The creation of property rights has, under the test, become partly a matter of Community law, especially the decision whether a legal relation is a property right or not. However, the remaining rules on its existence and the rules on its exercise and, partly, its destruction, continue to belong to national property law, at least until Community legislation in that field is passed. [...] The European property law access test suggests changing the focus from static property law to dynamic property law where there is more room for party autonomy. In the light of the developments in national property law, as well as in international and European property law, such a change in focus seems justified. [...] Until now, the principle of *numerus clausus* has found expression in a rule created by a legislature, or as a principle of law advocated by a court, depending on the hierarchy of sources in a legal system. When it comes to the further making of European property law, property law in the European Union, applying in all the Member States, the principle of *numerus clausus* might possibly find expression as an access test, using an *ex post* approach to the creation of property relations. [...] The access test could be formulated in three phases. First, when parties attempt to create a relation, that relation must be expressed in terms of powers contained in the primary right, and the relation must be made in respect to an object that is capable of being subject to that primary right. Secondly, the parties must have expressed their intent to bind not only themselves, but also their successors in title. Parties must have a sufficient interest to do so. Thirdly and finally, as a matter of policy, the relation that is created must be classified in terms of one of the existing categories of property relations: lesser rights to use, lesser rights for security, or anticipatory rights. When the legal relation cannot be expressed in terms of one of these categories, express attention, and this is the policy part, must be paid to the creation of a new, additional category».

²⁵ YGLESIAS, A. «El número de los derechos reales, la superficie y los derechos de adquisición», en *Anuario de Derecho civil uruguayo*, Tomo XXV, al cuidado de Santiago Carnelli —jurisprudencia— y Jorge Gamarra —doctrina—, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 629-630.

²⁶ NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, núm. 250, mayo de 1949, pp. 146-147.

²⁷ GORDILLO CAÑAS, A. «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario Registrales: Sistema español», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 551-552.

²⁸ FERRI, L. *La autonomía privada*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, traducción de Luis Sancho Mendizábal, 1969, p. 13.

²⁹ PERALTA MARISCAL, L. L. *Sistemas de Derechos Reales: numerus apertus y numerus clausus*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2015.

³⁰ GARCÍA AMIGO propuso en 1974, cuando aún no se conocía en la teoría económica la denominada «tragedia de los bienes anticomunes» (concepto que seguidamente esclareceremos), un muy interesante análisis económico «intuitivo» del sistema de *numerus apertus*, al señalar los graves problemas que trae aparejados el «condominio *pro diviso*». Es muy interesante observar cómo en ese momento el doctrinario español explicó que esta figura padece los puntuales problemas que varios años después fueron demostrados a través del análisis económico del derecho. Sus observaciones, acertadas por cierto, son una contundente

justificación por sí solas de la inconveniencia de la instauración de un sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales, por lo menos si no está acabadamente regulado como para contener lo suficiente la autonomía privada de manera tal que no de cauce a situaciones jurídicas inconvenientes, como el condominio *pro diviso*. Nos señala GARCÍA AMIGO que «Cuando una institución vive durante siglos [nota al pie: FLORES DE QUINÓNEZ: Comunidad y servidumbre de pastos, RDP, 1933, p. 165, recoge en la nota (23) la donación que se hace a la catedral de León en 1173, y declara: «aquí tenemos una verdadera comunidad con multiplicidad de aprovechamientos dispares sobre una misma finca y a favor de diferentes personas». —Desde 1173 hasta hoy supone una vida realmente larga de la nuestra institución; claro que, al menos hoy, su pervivencia se explica más por la inercia que por su utilidad económico social] al amparo del Derecho consuetudinario —como ocurre u ocurrió con la que nos ocupa— es claro que nace al calor de actos jurídicos que emanan de las necesidades sociales. Otros tiempos —con otra política, otra economía, otra técnica en el sector agrario— permitían resolver los problemas económico sociales mediante la desmembración de las diversas producciones de que fuese susceptible un fundo: el cultivar una parcela que produjese el trigo necesario para el consumo familiar, originaba el desmembramiento de un derecho de siembra; la economía de «la vaca de la dehesa boyal» ocasionaba la desintegración del derecho de pastos a favor generalmente de una comunidad popular, y la pervivencia de gentes sobre terrenos no muy productivos en cosecha —que debían descansar varios años entre cultivo y cultivo— planteaba la conveniencia de aprovechar comunitaria y separadamente los pastos de tales fundos en dichos periodos [...] Tales bases socio-económicas han cambiado sustancialmente en los momentos actuales, y desde luego estimamos que la evolución positiva es irreversible [...] Pues bien, uno de los obstáculos jurídicos en estos nuevos tiempos, es la excesiva fragmentación agraria: la división empresarial, la división en pequeñas parcelas, la división de un fundo en distintos aprovechamientos. Esta última es, evidentemente, la más retrógrada respecto de esa nueva agricultura: la distinta titularidad jurídica —con caracteres de absoluta e intangible— sobre las diversas producciones de una misma finca es incompatible con la nueva economía agraria, que requiere transformaciones de cultivo y mejoras permanentes, que exige capitalización en inversiones, que necesita del crédito fundiario. Pues bien, para todo esto es inadecuada, un obstáculo insalvable, nuestra institución. En efecto: —El titular del derecho de siembra, en estos terrenos pobres para el cultivo y generalmente en pequeñas extensiones, hace tiempo que ha dejado de sembrar: los costos agrícolas del empresario eliminan la rentabilidad de las pequeñas explotaciones, máxime si la producción es escasa debido a la baja calidad de los suelos; es preferible el sueldo fijo en una explotación grande o en otros sectores económicos. Como consecuencia del no cultivo por el titular del derecho de siembra —y nadie más que él puede hacerlo— las parcelas se llenan de maleza, de monte bajo que impide la existencia de pastos, con lo que el titular de estos se ve empobrecido, cuando no eliminado. —El titular del monte, del vuelo, al no valer las leñas, abandona igualmente los cuidados propios del monte; y al no cuidarse los árboles la producción de bellota en (*rectius*: «es») escasa o nula; además, en las fincas cuyo vuelo está materialmente dividido en «suertes», el aprovechamiento de la montanera se hace prácticamente imposible, ya que no puede realizarse con ganado, dado lo pequeño de dichas parcelas y menos aún el recoger la bellota, procedimiento absolutamente antieconómico. —Como consecuencia de lo expuesto antes, los pastos —único aprovechamiento rentable hoy en las grandes fincas de secano pobre— se ven minimizados por la cobertura de terrenos por la maleza: la jara, la escoba, la carrasca, la mata, la retama, etc., recubren la superficie, reduciendo prácticamente a cero también la viabilidad del tercer derecho: con tanta *desintegración jurídica* hemos «desintegrado» también la economía del fundo: cada titular de los distintos derechos tiene derecho a no tener nada. —Por otra parte, la capitalización del fundo, las inversiones en mejoras, las transformaciones de cultivos son inviables por la existencia de los derechos separados: fincas marginales para la siembra de cereal, podrían ser transformadas en praderas mediante la siembra de pratenses, previa limpieza del suelo y el entresaque del encinado excesivo; fincas con arbolado alcornocal exclusivo o predominante

podrían ser explotadas en función de ese vuelo, hoy valioso por su corcho y su montanera; fincas con mejor calidad de terreno o susceptibles de regadío podrían explotarse en función de este nuevo destino agrícola —operaciones todas ellas, por lo demás, estimuladas y subvencionadas por la Administración—. Pero a cada una de estas finalidades viables y económicas de la propiedad rústica —artículos 1.º y 2.º de la Ley de Reforma y desarrollo agrario— se oponen los titulares de los otros derechos separados—. A todo ello hay que añadir la falta general de titulación y consiguiente inscripción registral de los derechos separados, especialmente cuando son detentados por comunidades o por muchos titulares sobre pequeñas parcelas de siembra o arbolado; pero, sobre todo, representa la imposibilidad del crédito hipotecario—. Por lo demás, el problema afecta a grandes extensiones en Extremadura; pero se extiende prácticamente a todo el territorio nacional: aunque no con identidad de fórmulas jurídicas, el problema existe en toda la zona norte y oeste del país, como lo revela la distinta procedencia de los supuestos que han llegado a ser decididos por el Tribunal Supremo. No conocemos datos exactos, pero sí podemos afirmar que tal situación jurídica domina miles, cientos de miles de hectáreas: solo el *término municipal* de Cáceres se ve afectado en más de 17.000 hectáreas. Y es de resaltar que precisamente se presenta el problema en zonas de «economía deprimida», en las «fronteras del subdesarrollo», en regiones de «economía de montaña», donde el retraso económico es más acentuado y donde la necesidad de racionalización se hace más perentoria». (GARCÍA AMIGO, Manuel: Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII —enero-diciembre 1974—, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, pp. 194-196).

³¹ RUDDEN, B. La Teoría Económica contro la 'Property Law': il problema del 'Numerus Clausus', en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 478-479: «La letteratura attuale non offre alcuna spiegazione economica del *Numerus Clausus*, e sembra piuttosto ignorarne ampiamente l'esistenza. Ciò è strano, considerata la preoccupazione degli autori per i meccanismi di formazioni dei prezzi...».

³² MERRILL, T. W., SMITH, H. E. Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle, in *The Yale Law Journal*, volume 110, october 2000, num. 1, pp. 5-6.

³³ ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 43.

³⁴ ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 48.

³⁵ Conf. ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 52, quien dice que «Suponiendo que los individuos tratan de actuar racionalmente, puede pensarse que el nivel de los costos de cualquier negociación depende de cómo esté organizado el marco institucional, incluyendo los derechos de propiedad—. Consecuentemente, una importante vinculación entre los conceptos de derechos de propiedad, instituciones y costos de las transacciones es que, dado el costo de la producción y el conocimiento organizacional, los gobiernos que tratan de ser eficientes deben seleccionar una estructura organizacional (es decir, instituciones) que minimice los costos de transacción».

³⁶ HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets in *Harvard Law Review*, vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 667-668, quien luego señala que llevadas las cosas a su punto extremo, la teoría de los anticomunes no es más que un experimento intelectual: «At this level of generality, the anticommons is more of a "thought experiment" than a useful category for property theory or policy analysis».

³⁷ HELLER diferencia clara y gráficamente los conceptos de propiedad privada, propiedad anticomún (en su versión atenuada) y propiedad común, por lo que es esclarecedor recurrir a sus términos textuales: «Private property usually breaks up the material world «vertically»,

with each owner controlling a core bundle of rights in a single object, subject to allowable forms of decomposition, up to the skies and down to the depths. By contrast, anticommons property creates «horizontal» relations among competing owners of overlapping rights in an object. A commons property regime might be shown without either horizontal or vertical heavy lines. Owners A, B and C would then each have the privilege to use objects 1, 2, and 3 without seeking permission from the others» (Heller, Michael A.: *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets* en *Harvard Law Review*, volume 111, January 1998, núm. 3, p. 670).

³⁸ Conf. HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1176.

³⁹ COASE, R. El problema del costo social, publicado originalmente bajo el título *The Problem of Social Cost* en *The Journal of Law and Economics*, octubre de 1960, pp. 1-44.

⁴⁰ HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review*, vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 675-676.

⁴¹ Como explica HELLER, «Although the commons and the anticommons are not necessarily tragic, they often will be in a world of positive transaction costs, strategic behaviors, and imperfect information. To the extent one believes that a «pessimistic view of human capacity for trustful cooperation» is a good predictor of behavior, the tragic cases may be dominant» (Heller, Michael A.: *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets* en *Harvard Law Review*, volume 111, January 1998, núm. 3, pp. 676-677).

⁴² COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez [título original: *Law and Economics*], México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, p. 118.

⁴³ COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez (título original: *Law and Economics*), México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, p. 122.

⁴⁴ GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 199.

⁴⁵ Ver COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez (título original: *Law and Economics*), México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, cuadro IV.3, p. 124.

⁴⁶ Aun fuera de la teoría económica, el problema de la subexplotación se deja entrever en el siguiente párrafo de Pérez Pérez, cuando hace referencia a la dificultad que el condominio *pro diviso* conlleva para mejorar las explotaciones agrícolas: «El supuesto más frecuente es el de que uno de los partícipes aproveche el suelo mediante la siembra de cereales, otro tenga el disfrute exclusivo del arbolado de la finca y un tercero el derecho a aprovechar los pastos. Aunque la figura ha ido perdiendo importancia, ha continuado interesando a la doctrina, sobre todo porque ha tenido que contribuir a obviar los inconvenientes que la institución representaba para llevar a cabo mejoras en las explotaciones agrícolas y reformas en las estructuras agrarias, en particular con motivo de trabajos de concentración parcelaria». (Pérez Pérez, Emilio: *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. Derecho estatal y autonómico*, 2.ª edición ampliada y actualizada, Madrid, Bosch, 2008, pp. 206-207).

⁴⁷ PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-32, p. 7: «To summarize: the anticommons problem can be understood as the problem of the independent decisions of two or more holders of fragmented property rights pertaining to some specific project».

⁴⁸ PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper,

núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, pp. 8-9: «The commons and anticommons relate to the above-defined normal case, as deviations in symmetric directions. In commons situations, the right to use stretches beyond the effective right (or power) to exclude others. Conversely, in anticommons situations, the co-owners' right of use is compressed, and potentially eliminated, by an overshadowing right of exclusion held by other co-owners. Put differently, in both commons and anticommons cases, rights of use and rights of exclusion have non-conforming boundaries. The lack of conformity causes a welfare loss from the forgone synergies between those complementary features of a unified property right».

⁴⁹ Tal podría ser el caso de una propiedad anticomún constituida sobre una zona de fauna silvestre, donde se restringen los derechos de uso de cada propietario para permitir conservar la fauna, manteniéndose con ese mismo fin los derechos de exclusión de todos; tiempo después, la fauna emigra y los propietarios se quedan ante una situación de propiedad restringida ineficiente, con múltiples derechos de exclusión inútiles y muy limitados derechos de uso.

⁵⁰ HARDIN, G. La tragedia de los comunes, traducción de Horacio Bonfil Sánchez, en *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995, título original: «The Tragedy of Commons» en *Science*, v. 162, 1968, pp. 1243-1248.

⁵¹ POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo L. Suárez (título original: «Economic Analysis of Law»), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 77-78.

⁵² Conf. PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. «Duality in Property: Commons and Anticommons», en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, pp. 1-2: «...in situations when multiple owners hold rights to exclude others from a scarce resource and no one exercises an effective privilege of use, a resource might be prone to underuse: a problem known as the Tragedy of the Anticommons».

⁵³ HELLER, Michael A.: The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review*, volume 111, January 1998, núm. 3, p. 677.

⁵⁴ BUCHANAN, J. M., YOON, Y. J. Symmetric tragedies: commons and anticommons, en *Journal of Law and Economics*, vol. 43, núm. 1. (Apr. 2000), pp. 2-4.

⁵⁵ GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 196.

⁵⁶ GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 199.

⁵⁷ Conf. AKKERMANS, quien postula: «Too many property rights make it difficult to execute transfers in particular primary rights, as it is more difficult and more costly to find out what lesser property rights burden the primary right. In this respect the marketability argument might be further specified into a *finance-ability* argument. When, in order to offer finance for the acquisition of a primary right, the party offering the finance has to undertake a disproportionate effort to find out with what property rights the primary right is burdened, in order to estimate the risk of the transaction, the primary right loses not only value, but also transferability because finance is more difficult to obtain». (Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law*, Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 453).

⁵⁸ AKKERMANS, B. *The principle of numerus clausus in European property law*, Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 451: «Theoretically, when several co-holders of a primary right want to transfer the object on which they have a right, they must all agree to the transfer. When one party refuses his consent, in the absence of any rules, a tragedy of the anti-commons occurs».

⁵⁹ POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo L. Suárez (título original: «Economic Analysis of Law»), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 78-79.

⁶⁰ HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review*, vol. 111, January 1998, núm. 3, p. 678: «In the commons case, property theorists have proposed that societies may overcome tragedy by evolving toward private property relations. For example, Demsetz suggests that communities move to private property in a resource when technological or population pressures increase the differential between individual gain and social cost. When the effects of resource use are fairly localized, private property better aligns each owner's interest with the efficient level of use because each owner faces the full costs of overconsumption. In other words, the private property owner internalizes externalities for which the commons owner need not account. The theoretical arguments on the commons carry over, by analogy, to the problem of overcoming an anticommons. In the anticommons case, moving to a private property regime may better align each owner's interest with efficient use, because a private property owner faces the full cost of underconsumption».

⁶¹ ALCHAIN, A. A. «Some economics of property rights», en *Il Politico, Revista di Scienze Politiche diretta da Bruno Leoni*, Año XXX, núm. 4, diciembre de 1965, p. 820: «But when we recognize that transaction costs do exist, it seems clear that the partitioned rights will be reaggregated into more convenient clusters of rights. If so, there should be an evolutionary force toward survival or larger clusters of certain types of rights in the sanctioned concept of property rights».

⁶² Conf. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gállego: *La calificación registral*, Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 36: «Lo esencial —insisto, lo esencial— no es la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de *property right*, para lo que es necesario que *todos los derechos sean fácilmente identificables y verificables*, que su estatuto no esté sujeto a excesivas *incertidumbres jurídicas*, y que sean objeto de una *delimitación* lo suficientemente precisa como para que puedan ser protegidos eficazmente contra las intromisiones de otros».

⁶³ HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review*, vol. 111, January 1998, núm. 3, p. 688: «Property theory and transition practice have given insufficient weight to the role that the bundling of rights plays in avoiding anticommons tragedy. Both theorists and practitioners assume that the key to creating private property is to define rights clearly, enforce contracts predictably, and let the market sort out entitlements. The experience of anticommons property in transition suggests that the content of property bundles, and not just the clarity of property rights, matters more than we have realized. We pay a high price when we inadvertently create anticommons property».

⁶⁴ Conf. HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies*, vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 418.

⁶⁵ Conf. PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben; SCHULZ, Norbert: Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper No. 00-32, pp. 17 y sigs. En p. 21 leemos: «When considering the optimal choice of rules and the optimal structure of remedies, legal systems take into account these asymmetric costs and select rules designed to minimize the total deadweight losses of dysfunctional fragmentation».

⁶⁶ Conf. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gállego: *La calificación registral*, Tomo 1,

Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 32: «El crecimiento solo tendrá lugar si la organización económica existente es eficaz y, en consecuencia, suministra a los individuos incentivos para emprender actividades socialmente deseables. Ello implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de orientar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una equiparación entre la tasa privada y social de beneficios».

⁶⁷ Como dice MÉNDEZ GONZÁLEZ, «...la contratación impersonal se caracteriza por una alta densidad o, si se prefiere, frecuencia contractual, hasta el punto de integrar una red o nexo de contratos interdependientes. En este mundo, puede decirse que quien contrata con alguien la adquisición de un bien, en rigor de un derecho real sobre un bien, no está contratando solamente con su transmitente sino con todas las personas que, con anterioridad, contrataron la adquisición y posterior transmisión del bien, pues puede verse afectado por las vicisitudes que afecten a tales contratos precedentes y que estén protegidas por una acción real, concebida como instrumento de protección del *ius disponendi* del propietario. La conexión intercontractual implica, por tanto, una interdependencia *inter tertios*, esto es, entre personas que contrataron en relación al mismo bien, pero no entre sí, sino con otras personas en algunos de los sucesivos contratos referentes al mismo bien, y que normalmente se desconocen entre ellas [...] El entorno impersonal exige, por ello, que se preste a la vertiente intercontractual la misma atención que a la intracontractual. El mundo impersonal no está compuesto por un archipiélago contractual sino por una red o nexo de contratos.— Así, se parte del supuesto subyacente de que los efectos propios del contrato son los efectos *inter partes* y que los efectos frente a terceros son efectos reflejos o *indirectos*, sin caer en la cuenta de que la propia función de la contratación y, por tanto, del contrato —facilitar la reasignación permanente de recursos— exige prestar tanta atención al contrato como a la conexión intercontractual, especialmente en un contexto de contratación impersonal pleno de asimetrías informativas.— [...] Sin embargo, en un contexto de contratación impersonal —como tal, pleno de asimetrías informativas— no se puede relegar y, menos aún, prescindir del análisis de las consecuencias derivadas de la conexión intercontractual, a la hora de articular un sistema transmisivo que cumpla su función, cual es facilitar la permanentemente reasignación de recursos escasos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, sin poner en riesgo la seguridad del propietario.— [...] La conexión intercontractual objetiva sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que exista entre ellas un tracto contractual». (MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando: Derechos reales y titularidades reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736 [pp. 763-859], pp. 766-768).

⁶⁸ Conf. MERRYMAN, quien señala que «The exercise of power over resources through binding legal arrangements such as contracts and conveyances cannot be carried on in isolation. Others are invariably affected, and a fundamental question of policy in every system of government must be the nature and extent of the limits that will be imposed on the exercise of such power in order to preserve the opportunity for others to exercise similar power. Unchecked, liberty of alienation can be used to make property inalienable, and liberty of contract can be exercised in such a way as to deprive others of it» (MERRYMAN, John Henry: «Policy, autonomy, and the *numerus clausus* in Italian and American property law», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1963, pp. 225-226).

⁶⁹ HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1180.

⁷⁰ Conf. PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 595-596: «The economic forces that induce entropy in property are quite straightforward. Property division creates a one-directional inertia: unlike ordinary transfers of rights from one individual to another, reunifying fragmented property rights usually involves transaction and strategic costs higher than those incurred in the original deal».

⁷¹ HELLER, M. A. «The boundaries of private property», en *The Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1180.

⁷² HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies*, vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 402: «The choice of a property rights regime must be made socially, prior to the point at which persons interact. It is not a choice that can be left to the decisions of individual actors pursuing individual transactions —or, as it might be put, left to the market. This means that there is no invisible hand to assure that the most efficient property rights regime will be adopted».

⁷³ Como dice MÉNDEZ GONZÁLEZ, «...es necesario que los *property rights* estén perfectamente definidos y protegidos, legal y contractualmente. Una sociedad será tanto más innovadora e incrementará tanto más sus posibilidades de crecimiento, cuanto más claramente defina su marco institucional los *property rights* (sic) y más los proteja, reduciendo con ello el grado de incertidumbre y de riesgo asociado a toda innovación (que, por lo dicho, es siempre jurídica). Una sociedad tendrá tantas menos posibilidades de crecimiento cuanto mayor sea el grado de imprecisión de su régimen de derechos de propiedad y, en consecuencia, más altos sean los «costes privados» de la innovación a causa de la ineficacia de los cauces de protección establecidos, ya que ello contribuirá a reducir la rentabilidad personal del innovador con respecto a sus expectativas». (MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P: La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gállego: *La calificación registral*, Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 35).

⁷⁴ HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. «Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights», *Journal of Legal Studies*, vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 417: «...the civil law's *numerus clausus* doctrine today seems highly formalistic, and strict adherence to that doctrine seems counterproductive. It is not surprising, therefore, that there is reason for skepticism as to just how closely civil law jurisdictions adhere to a strict *numerus clausus* in practice».

⁷⁵ Conf. PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. «Duality in Property: Commons and Anticommons», en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, p. 22: «The real question is not that of establishing where freedom of contract ends and where formalism in property begins. Freedom of contract and «*numerus clausus*» doctrines happily coexist in many legal systems of the world, including the Romanistic systems that gave origin to the «*numerus clausus*» doctrines. *The question is that of understanding why legal systems offer property-type remedies only in a limited range of situations, utilizing liability-type remedies in the majority of other cases.* Posed in these terms, the use of categorical distinctions confuses the real understanding of the matter».

⁷⁶ Conf. PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben; SCHULZ, Norbert: Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-32, p. 24.

⁷⁷ Conf. ZIFF, B., *Yet another function for the «Numerus Clausus» principle of property rights, and a useful one at that*, (March 19, 2012), University of Albarta, p. 8. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2026088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2026088>: «A quite different efficiency argument focuses on market problems that go beyond information processing. It has been argued that *numerus clausus* seeks to minimize the potential for the fracturing of rights. The existence of an excessive number of private property rights over a given item can create transactional gridlock, or what is commonly called an anticommons problem. Where a large number of rights-holders must agree to any proposed action, holdouts can easily stand in the way. Hence, limiting the number of potential property claims via *numerus clausus* acts as a buffer against the chance of a tragedy of the anticommons resulting (theory #4). And

the problem can be an enduring one, since property rights may be created to last forever, or in any event tend to be more durable than purely contractual rights. Transferability may also be affected because overburdened property may prove unappealing to purchasers (though in such a case one would think that the market would, in time, adjust the price accordingly)».

⁷⁸ RENDER señala: «Standardization enables us to better apprehend risk and thereby avoid catastrophic miscalculations such as those that led to the housing collapse. [...] Complexity provides excellent camouflage, and its destructive capacity is frequently underestimated». (Render, Meredith M.: «Complexity in property», en *Tennessee Law Review*, vol. 81, 2014, pp. 79 y 81).

⁷⁹ Conf. WORTHINGTON, S., *The Disappearing divide between property and obligation: The impact of a aligning legal analysis and comercial expectation*, in *Texas International Law Journal*, vol. 42:917, s.d. (pp. 917-939), p. 926: «Once we examine the strategies the law employs to protect property owners (and, indeed, all right owners), it becomes clear that the strategy is *not* to limit the number of recognized property rights (adhering to the *numerus clausus* principle), but to limit the number of *risks* to which a stranger can be exposed and which might count as unauthorized interference with the rights of others».

⁸⁰ RENDER, M. M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review*, vol. 81, 2014, p. 143: «In exercising criterial control over the forms of ownership, *numerus clausus* «tames» the wild beast of complexity and thereby makes it possible for us to stand in normative relation to objects in the world».

⁸¹ RENDER, M. M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review*, vol. 81, 2014, pp. 86-87: «Computational complexity refers to the amount of information that one must process in order to reach a conclusion or resolve an uncertainty. 49 In the context in which the term is applied here, complexity refers to the amount of information that one must process to draw conclusions about the substantive content of our duties and obligations with respect to tangible objects in the world. The central thesis of this piece holds that *numerus clausus* prevents our property interests from evolving into such complex entities that they present a situation of «intractable computational complexity».

⁸² Al utilizar el término «consentimiento», respetamos la terminología de Arruñada, quien aclara que «En este trabajo empleamos los términos «consentimiento» y «costes derivados del consentimiento», en lugar del más genérico «costes de transacción», para distinguir los costes de la transacción privada entre vendedor y comprador, de los costes de transacción que surgen al obtener el consentimiento de cualquier tercero que pueda ostentar derechos reales sobre la misma finca». (ARRUÑADA, Benito: *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 67, nota al pie núm. 25).

⁸³ ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 68.

⁸⁴ Conf. ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 70, quien señala que «En todo caso, sin el consentimiento de los titulares de derechos afectados, las transacciones producen una mezcla de derechos reales y de crédito, con efectos reales solo en la medida en que no se opongan a derechos reales supervivientes y con efectos obligacionales en todo lo que sí colisionen con tales derechos reales contradictorios. La proporción de derechos reales y obligacionales presentes en esta mezcla varía dependiendo del tipo de derechos en conflicto. En el caso extremo de una transmisión fraudulenta, el adquirente obtiene solo un derecho de crédito contra el transmitente si este no es el auténtico propietario. De forma más general, cualquier pretendido derecho real es, de hecho, parcialmente obligacional si se mantiene un derecho real contrapuesto o concurrente contra el mismo. Esto es cierto también en la mayor parte de los litigios relacionados con la titularidad».

⁸⁵ FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book.

⁸⁶ FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 68.

⁸⁷ FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 70.

⁸⁸ Esto se observa con claridad cuando dice que «El AED nos señala que si luego de hacer un análisis costo-beneficio el resultado nos arroja que es más beneficioso crear nuestros propios derechos reales y, que los costos para crearlos o implementarlos no supera a los beneficios obtenidos, se puede implementar eficientemente. Creemos... que son los particulares y no el Estado los llamados a soportar y beneficiarse con sus bienes, si luego de ese estudio los particulares ven que les es muy rentable poder crear actos jurídicos específicos sobre (sic) sus bienes, no vemos impedimento alguno para que ello se lleve a cabo». Más adelante postula que el problema «es más doctrinal que matemático porque no se requieren mayores costos para permitir la libertad de creación y modificación de derechos reales, la base legal de los derechos reales ya están (sic) regulados en el Código Civil...» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 75).

⁸⁹ FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 82.

⁹⁰ Como no cabe suponer que el lector de este trabajo maneje suficientemente los criterios de eficiencia económica, vale una breve explicación.

El criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS, o KALDOR-HICKS-SCITOVSKY, implica un avance respecto del de Pareto. Explica Roemer que «Un estado de cosas, *P*, es superior en términos de Pareto a otro estado, *Q*, si y solo si el moverse de *P* a *Q* (sic; *rectius est*: *Q* a *P*) no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar). En otras palabras, *P* es superior en términos de PARETO a *Q* si nadie prefiere *Q* a *P*, y si por lo menos una persona prefiere *P* a *Q*. Un estado de cosas es óptimo en términos de PARETO si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore». (ROEMER, Andrés: *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27).

Este criterio de eficiencia es demasiado irreal, pues normalmente los cambios económicos y sociales producen ganadores y perdedores. Es por ello que es mejor el criterio de eficiencia propuesto por KALDOR-HICKS-SCITOVSKY (citado en el trabajo de Cercedo que estamos criticando), que puede explicarse de la siguiente manera: «Un estado de cosas *P*, es eficiente en términos de KALDOR-HICKS a otro estado, *Q*, si después de moverse de *Q* a *P* los ganadores pueden compensar a los perdedores. En comparación con el criterio de PARETO que exige moverse de un estado social a otro que no produzca perdedores, la satisfacción del criterio de KALDOR-HICKS requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores. Puesto que la eficiencia en términos de KALDOR-HICKS nos permite comparar los estados de cosas que involucran tanto a perdedores como a ganadores, dicha noción de eficiencia amplía la clasificación de Pareto». (ROEMER, Andrés: *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27).

⁹¹ «La postura de los que defienden el sistema cerrado es que la autonomía privada puede permitir a las personas buscar los acuerdos que más les convengan, pero también dice que dichas relaciones no deben interferir con las demás personas de la sociedad, es allí donde hacen la atingencia sobre la seguridad jurídica que los Registros Públicos deben cumplir. Pero esta postura se cae por su propio peso, nadie está diciendo lo contrario, justamente estamos buscando conseguir la inscripción registral de contratos sobre bienes para obtener su respectiva publicidad y protección de todas las personas de la sociedad» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 83).

⁹² «Podemos decir ahora lo que pensábamos al inicio de esta investigación, un sistema *numerus apertus* podría ser una solución muy eficiente al momento de hacer uso de nuestras propiedades de la mejor manera, como vimos, hoy en día se vienen dando contrataciones muy *sugeneris* (sic), lo que nos hace pensar que en vez de encasillarnos en un sistema *numerus clausus* podemos abrir la posibilidad de permitir a las partes dar un uso más eficiente a su propiedad» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 85.)

⁹³ FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 86.

*(Trabajo recibido el 11-2-2015 y aceptado
para su publicación el 2-3-2015)*