

Numerus Clausus Vs. Numerus Apertus

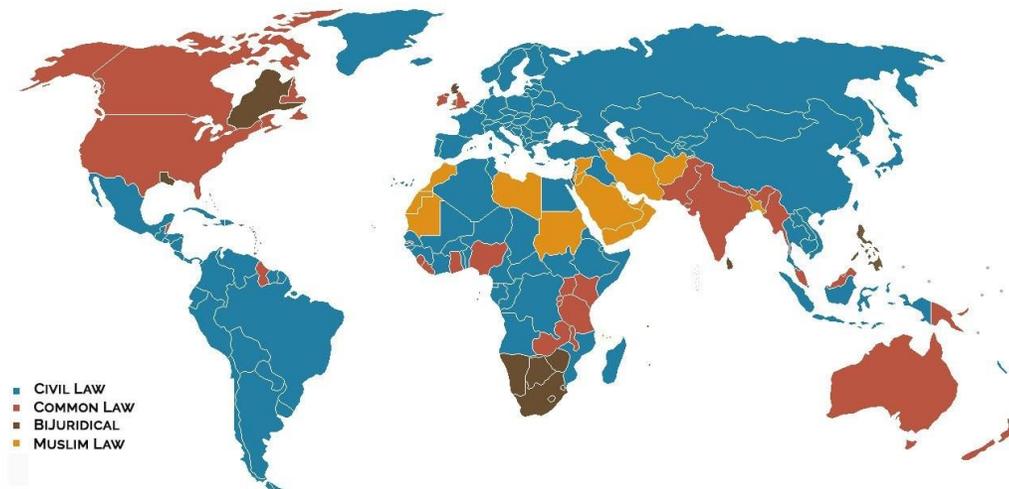
¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia?



María de los Ángeles Murillo

Introducción

- La mayoría de países de tradición romano-germánica adoptan el sistema de *numerus clausus* en lo que respecta a los derechos reales.
- El artículo 881 del Código Civil peruano consagra el mencionado sistema, señalando que: “son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”.
- En la presente exposición analizaremos a la luz del análisis económico del derecho, la conveniencia de tener un sistema cerrado o un sistema abierto de derechos reales



Análisis Económico del Derecho

- La finalidad del Análisis Económico del Derecho es comprobar si el sistema jurídico crea las condiciones necesarias favorables para lograr la eficiencia económica, entendida como la asignación de recursos a los usos más valiosos, maximizando beneficios.
- Cuando el intercambio es puramente voluntario y no está restringido en una sociedad de hombres libres y bajo el impulso de los intereses individuales y de cooperación social, el intercambio permite que los recursos vayan evolucionando en base a la evolución de las técnicas y la tecnología.
- El individuo es el mejor juez de su bienestar y el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen. Torres López, Juan. Análisis Económico del Derecho. Madrid: Tecnos, 1987, pp.26.
- La legítima utilidad estará dada por la eficiente asignación de los recursos, que traerá beneficio económico no solo al titular del derecho, sino por la suma de provechos a la sociedad en su conjunto.



El Sistema del Número Cerrado en Los Derechos Reales

- Los argumentos a favor de este sistema serían El orden público y el riesgo del ejercicio abusivo del derecho. Además, el sistema limitativo facilita la labor registral y mantiene la seguridad jurídica.
- El orden público justifica que sean los legisladores por ley del congreso los que establezca cuales son los derechos reales.
- La razón de esta limitación es la de impedir la desnaturalización de las instituciones y proteger las figuras existentes. Maish Von Humboldt, Lucrecia, Los Derechos Reales. Lima, 1980, pp14.
- Los defensores del numerus clausus afirman que los derechos reales clasificados por los defensores del numerus apertus como atípicos, en realidad siempre son encajables en las figuras preestablecidas.
- Forzar los tipos legales, de manera que puedan encajar en ellos distintas figuras novedosas, resulta perjudicial al sistema jurídico y termina por desnaturalizar los tipos legales y por trabar el desarrollo de la ciencia jurídica y la mejor asignación de recursos en la sociedad.



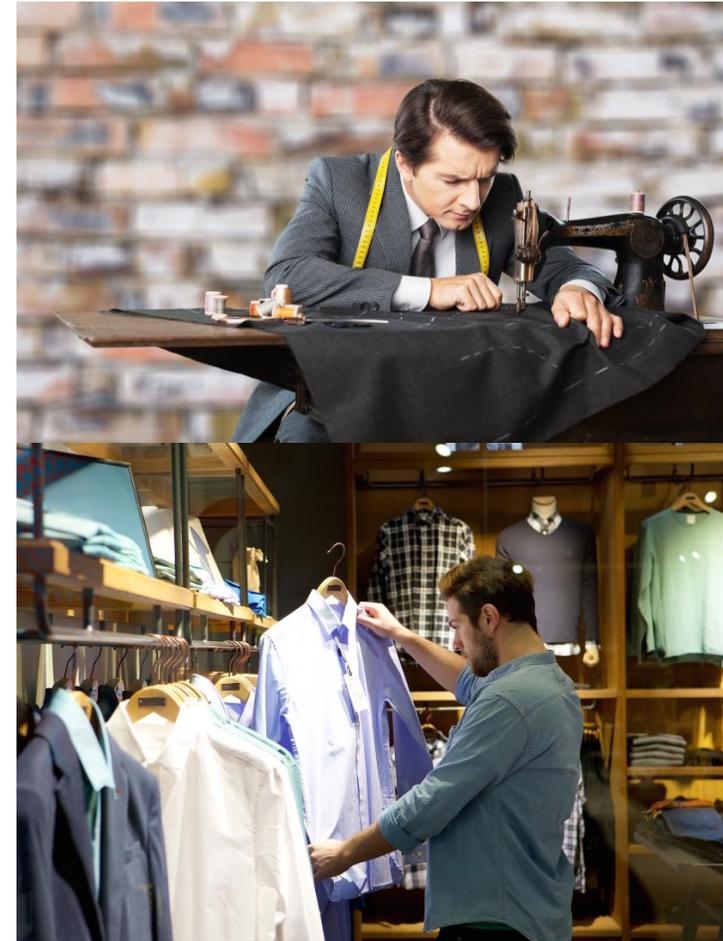
El Sistema del Número Abierto en los Derechos Reales

- Es compatible con la idea del derecho generado de manera espontánea a través de intercambios voluntarios. Crea tipos contractuales que se hacen consuetudinarios y luego son introducidos por el legislador vía proceso de descubrimiento.
- El derecho no se crea, se descubre del que hacer diario, de la costumbre, de la cotidianeidad, de la sucesión espontánea de hechos frutos de decisiones racionales.
- Subrogar al Estado en la voluntad de los agentes económicos de una sociedad libre implica distorsionar al mercado en la asignación eficiente de recursos. La norma del Código Civil discrimina a la mayoría de personas que no tienen acceso al poder político, en favor de reducidas minorías que a través de un mercantilismo político podrán lograr la creación por ley de un derecho real para su beneficio. Suponer que el Estado sabrá detectar cuáles son las demandas y necesidades de las personas para la creación de derechos reales es una quimera
- El aspecto registral no es inconveniente en la adopción de este sistema. El sistema de número cerrado es relativo, se faculta la modificación de los derechos reales, así como la inscripción de la propiedad que limita dicho derecho.



El Sistema del Número Abierto en los Derechos Reales II

- La necesidad de creación de nuevos derechos reales emana de la evolución de las sociedades, de sus medios de intercambio, del avance tecnológico, de la demografía y de un sin número de factores que no podrían ser vistos más que por los actores protagonistas del mercado. Los legisladores no están en la aptitud de conocer todas las necesidades de los agentes económicos.
- Para Albaladejo crear derechos reales depende de la voluntad de los interesados y no del simple nombre que den al derecho de que se trate.
- Rojina Villegas afirma que sí se podría crear un derecho real que sea de tipo intermedio entre el uso y el usufructo, por ejemplo la percepción de frutos. Además, señala que caben cualesquiera otros derechos reales concretos que los particulares quieran establecer, creando otras variedades de poderes directos sobre cosas.
- La hipoteca posesoria nació como resultado de la propiedad informal, su creación no hubiese sido posible sin la intervención política de una organización no gubernamental.



El Sistema del Número Abierto en los Derechos Reales III

- Según Lepage los derechos de propiedad no son en si mismos más que un conjunto de atributos que pueden ser descompuestos en una infinidad de derechos elementales.
- Así como se admiten los contratos innominados para crear formas contractuales en materia de obligaciones, cabe admitir esta misma categoría respecto de los derechos reales en el derecho mexicano.
- Al igual que en el campo de los derechos obligacionales, la autonomía de la voluntad debería tener un rol protagónico en la creación de derechos reales.
- Roca sastre, analizando la legislación española, comenta que esta es de numerus apertus a fin de no obstaculizar la admisión de nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas y sociales sobrevenidas pueden exigir.
- Rojina sostiene que incluso en el Derecho alemán, que tan formal, cabe admitir la tesis de que pueden los particulares crear formas innominadas de derechos reales a través del contrato.
- Siguiendo a Roca Sastre se puede decir que el número cerrado en el sistema peruano respecto a los derechos reales es relativo, pues se faculta la modificación de derechos reales, así como la inscripción de la propiedad que limite el derecho de propiedad, partiendo de la voluntad contractual.



Teoría de unificación del derecho de obligaciones y los derechos reales

- La doctrina clásica imputa como características de los derechos reales el numerus clausus, la oponibilidad erga omnes y el poder directo. Existen derechos reales que no cumplen estrictamente con estos requisitos y en cambio hay derechos personales que cumplen con algunos caracteres de aquellos, como el embargo, el arrendamiento inscrito entre otros. Por ello no hay razón para darle tratamiento distinto.
- No es verdad que sólo los derechos reales tienen la exclusividad de ser oponibles erga omnes, también lo son los derechos de crédito, como el arrendamiento inscrito. Contrariamente, un derecho de propiedad adquirido por el solo consentimiento, puede en algunos casos de concurso de acreedores tener efecto únicamente entre el adquirente y el tradens. La oponibilidad finalmente, dependerá del registro.
- Díez Picazo afirma que es más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella. Con ello se zanjaría la discusión sobre el número cerrado para los derechos reales y el número abierto para los derechos personales, dado que estaríamos ante una sola clase de derechos con efectos distintos según su oponibilidad a través del registro o la posesión para bienes no registrables.
- Rojina criticando la clásica diferenciación dualista entre derechos personales y reales afirma que las relaciones jurídicas solo pueden establecerse entre sujetos. Por ello no cabe hablar de los derechos reales como relaciones entre sus titular y la cosa.



Teoría de unificación del derecho de obligaciones y los derechos reales II

- La escuela de la Exégisis definía a los derechos reales como una relación jurídica entablada en forma directa entre una persona y una cosa, lo que no es concebible dado que el derecho solo puede regular la conducta humana.
- El derecho patrimonial, como conjunto de normas jurídicas que regulan relaciones de orden económico, parte necesariamente de relaciones de conducta entre dos o más personas, determinadas o indeterminadas, cuyas relaciones a su vez tienen intereses de orden patrimonial en tanto son valorizables.
- La división tradicional realizada por la doctrina jurídica clásica ha fragmentado excesivamente la realidad. “Los individuos no solo pueden ser dueños o poseedores de cosas sino también de sus contratos” De Soto, Gherzi, Ghibellini.
- Por ello el análisis económico del derecho entiende como property rights todos aquellos derechos tanto personales como reales que reconocen a sus titulares la enajenabilidad y exclusividad sobre los mismos
- El acercamiento entre los derechos reales y personales se da por citar un ejemplo, entre el usufructo oneroso y el arrendamiento.



Conclusiones

- Existe una tendencia de acercamiento entre los derechos reales y personales, la publicidad generadora de oponibilidad o de efectos erga omnes. Esta acorta sus diferencias.
- La tendencia moderna se debería referir más a los derechos patrimoniales que a las distinciones clásicas entre los derechos reales y personales.
- Así, se establecerán reglas de derecho claras, sin prohibiciones y distinciones inútiles. Se debe garantizar la seguridad y la libertad, permitiendo la libre asignación de recursos escasos orientada a la maximación de beneficios.

