

Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: apreciaciones básicas desde el sistema argentino

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
Doctor por la Universidad de Oviedo
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DIFUMINACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL DESDE LA ÓPTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.
- III. FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL *NUMERUS CLAUSUS*.
- IV. *NUMERUS CLAUSUS* Y MODELOS REGISTRALES.
- V. LOS COSTES DE TRANSACCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES EN LA ARGENTINA.

I. INTRODUCCIÓN

De escasísima puede tildarse la bibliografía que existe en la literatura jurídica argentina acerca del específico aserto al que se dedicarán estas líneas (1). Choca ello con el interés troncal que presenta la cuestión de los *property rights* en el análisis económico del Derecho —si se prefiere, en el

(1) Más allá de las obras generales sobre el análisis económico del Derecho con sus respectivos capítulos en materia de propiedad, que precisamente por su excesiva generalización confunden más que aclaran, destaca, y no meramente, desde luego, por su soledad, el trabajo de KIPER, «El análisis económico del Derecho y la regulación de los derechos reales», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 21 (1999), pág. 215 y sigs.

Law & Economics—, esa tendencia de observación de la realidad contemplada tras las instituciones jurídicas basada en las connotaciones económicas de uno u otro marco regulatorio. Y digo connotaciones, porque de las motivaciones económicas de la propiedad como fórmula, en sus muy distintas acepciones, ya se habría ocupado el pensamiento crítico desde sus albores (2). Al extremo de que detrás de cada gran cambio social, cada transformación política, latiría una distinta y macerada concepción de la propiedad.

Junto a la insuficiente atención en este entorno, es la misma Escuela analítico-económica del Derecho, con sus divergencias, la que provoca el estudio, nada más y nada menos, que del principio a partir del cual preocupa todo el sistema de los derechos reales: el de tipicidad o *numerus clausus*. Las contradicciones entre sus integrantes, el debate con tal motivo suscitado, habrían venido a revitalizar, indirectamente, eso sí, un axioma que en los ordenamientos continentales se halla en permanente examen. Como resalta NATUCCI en el prefacio a la edición en castellano de su obra *La tipicità dei diritti reali* (3), mientras que algunos autores afirman la contrariedad del *numerus clausus* respecto de los principios de la economía (4), otros, al contrario, sostienen la inoportunidad de una excesiva fragmentación de la propiedad, que daría lugar a la creación de un número demasiado grande de personas titulares de un derecho de veto acerca del uso de los bienes, lo que causaría un goce escasamente productivo, antieconómico y, en definitiva, antisocial (5). Ante tal panorama, discúlpeme el lector si en este trabajo me inclino con cierta preferencia sobre tan trascendental punto.

Pero, además, de cara al bicentenario de la nación argentina, quizá sea buen momento este para plantearse si no se podría hacer un desinteresado esfuerzo por optimizar los recursos con que contamos; si no estamos en condiciones de mejorar —y no me refiero sólo a un abaratamiento de los costes implicados (algunos hoy disfrazados de intangibles como los fiscales)— el modelo argentino de seguridad jurídica inmobiliaria.

(2) En este punto, de necesaria contextualización histórica —y crítica— acerca de esta aparente o pretendidamente novedosa rama del quehacer científico, vid. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, «El análisis económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos», en KLUGER (comp.), *Análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006, pág. 21 y sigs.

(3) Buenos Aires, Heliasta, en prensa.

(4) Para RUDDEN, cita el autor, el principio del número cerrado entraría en contradicción, aunque no abiertamente, con el teorema de COASE.

(5) Refiriendo a HELLER, *The Gridlock Economy*, New York, 2008, quien, en un artículo publicado en la *Harvard Law Review* de 1998, acuñara la expresión *Tragedy of the Anticommons*, en señalamiento de un fenómeno del que se tratará con especial detenimiento en el texto.

II. LA DIFUMINACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL DESDE LA ÓPTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Aun entendiendo el alto grado de dogmatismo que se esconde para muchos detrás del concepto de derecho real —por más de que para quien esto suscribe no sea más que un prejuicio bajo el cual se alberga el desconocimiento de su verdadera esencia y dinámica—, así como el rechazo que para el jurista angloamericano puede suponer su tratamiento escolástico, no es posible prescindir de la realidad diversa que rodea a las distintas clases de bienes. Es precisamente esta variada fuerza ontológica la que justifica las distintas categorías patrimoniales, la distinción entre derechos personales o de crédito, y derechos reales, o entre bienes públicos y privados, siendo el Derecho el que luego se limita a reconocer, más perfecta o imperfectamente, la regulación para cada una de ellas. No es la regulación, ni la analítica la que crea los conceptos, sino la realidad material de las cosas, que obliga al ordenamiento a plegarse según su intrínseca naturaleza. Tratar conjuntamente fenómenos de tan variado alcance bajo el amplísimo acápite de los *property rights*, podrá ser de utilidad con matices, como, por ejemplo, en la llamada de atención que en cuanto a una óptima gestión y explotación de bienes colectivos conlleva, o, a la inversa, en los perjuicios que un excesivo proteccionismo puede traer consigo; pero desde una perspectiva general, aunque se me tache de escéptico, confunde.

Dicho lo cual, la paradoja surge cuando se pretende abordar el sustrato de las categorías jurídicas reconocidas desde las solas herramientas económicas; al intento nada se le puede achacar, pues si se mira bien, es el paso lógico al que obliga el excesivo casuismo, más bien particularismo, con que los libros generales en la materia se ocupan de cada puntual tema. La exposición de ARRUÑADA sobre la propiedad como consentimiento organizado puede servirnos de ejemplo. Dice así el autor:

«Cuando el sistema jurídico otorga eficacia real a un derecho, ello equivale a exigir el consentimiento de su titular para que tal derecho pueda resultar afectado, es decir, mermado de cualquier forma por terceros. Esta exigencia de consentimiento asegura el goce pacífico de los derechos sobre bienes duraderos; y, especialmente, sobre inmuebles, por tratarse de bienes que no son fácilmente destruibles y están menos sujetos a abuso que la mayor parte de los demás bienes. Frente a ello, la ejecución de derechos de crédito depende de la solvencia y posición jurídica de las personas, que son móviles y pueden sustraerse a las resoluciones judiciales, cuando se pretende obligarlas a pagar. Constituido sobre bienes duraderos, un derecho real resulta, por tanto, mucho más valioso que un derecho de crédito que tenga el mismo contenido y cuya única diferencia con el derecho real consista en que el derecho de crédito carece de posibilidad de ejercicio *in rem*.

Esta mayor eficacia del derecho real tiene, sin embargo, un coste: las transacciones entre las partes no transmiten derechos con el alcance real prometido

hasta que los titulares de todos los derechos reales que son afectados por las transacciones no hayan dado su consentimiento. En consecuencia, 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 aquélla, a fin de que estos últimos presten su consentimiento. La función de muchas instituciones del Derecho de la Propiedad consiste en posibilitar estos segundos “contratos” con los titulares de derechos afectados, quienes pueden prestar su consentimiento tanto de forma explícita, mediante un acuerdo privado, declarando ante un registro o en un procedimiento judicial; como de forma implícita, mediante el simple transcurso del tiempo. El consentimiento puede también producirse *ex ante*, en el momento en que tenga lugar la transacción, de modo que los derechos resultantes de la transacción estén libres de incertidumbre acerca de quién es el auténtico titular del derecho y acerca de su exacta naturaleza; o bien, alternativamente, el consentimiento puede demorarse, en cuyo caso los nuevos derechos permanecerán gravados por la posible supervivencia de cualesquiera derechos reales contradictorios con la transacción y cuyos legítimos titulares no hubieran prestado su consentimiento» (6).

Se advierte, entonces, cómo los derechos reales se enfrentan a un «toma y daca» de efectos positivos y negativos:

«Por una parte, garantizan la eficacia de los derechos, dado que es preciso el consentimiento de sus titulares para que puedan verse afectados. No obstante, y por el mismo motivo, la supervivencia de los derechos reales después de la transmisión del bien o de cualquier otra transformación de derechos exige disponer instituciones que faciliten los procesos de búsqueda, negociación y contratación del consentimiento y dedicar recursos para conseguirlo en cada caso. Un coste obvio es que la posible existencia de derechos reales ocultos aumenta la asimetría de información entre los transmitentes: a falta del consentimiento del titular del derecho oculto, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá sólo un derecho de crédito contra el vendedor. De forma más general, los costes de transformación y de transmisión de los derechos reales aumentan porque se hace necesario: saber qué derechos reales potencialmente conflictivos tienen validez, descubrir quiénes son sus titulares, negociar con tales titulares de derechos para obtener su consentimiento y celebrar un acuerdo con los mismos. Este aumento en los costes de transacción puede a su vez obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente» (7).

El planteamiento del autor no termina de estar claro, igual que ese consentimiento imprescindible sobre el que gira su tesis. Desde luego, las modalidades que destaca para obtenerlo tampoco ayudan. Nada tiene que ver un convenio privado, equiparado a tales efectos, para más *intri*, con lo que pueda

(6) *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Colegio de Registradores de España, 2004, disponible en <http://www.arrunada.org>, según versión *pro manuscripto* de donde se cita, págs. 28 y 29.

(7) *Idem*, pág. 30.

aprobarse en sede judicial, con el transcurso del tiempo, en aparente alusión a la posesión adversa que es como prefiere denominarse la usucapión en este campo.

Pues bien, frente a la magnificencia del concepto, respecto de los derechos reales ocurre justo lo contrario. En primer lugar, y a diferencia de los crediticios, son los reales los derechos más fácilmente perjudicables por terceros dado que se asientan sobre bienes materiales que, como tales, pueden sustraerse o menoscabarse sin requerir en absoluto de la concurrencia de quien alegue una titularidad sobre ellos. Las acciones reales si existen, como los interdictos (éstos dentro de los contornos que le son típicos, aunque muchas veces *ergaomniales*), demuestran no sólo la posibilidad, sino su palmaria incidencia. Podría pensarse, en descargo de la visión del autor, que a lo que se refiere es al dato de que el sistema nunca permitiría la desposesión, el despojo, el perjuicio sin la efectiva o implícita concurrencia del perjudicado; pero esto tampoco se condice con la realidad, donde la buena fe abre las puertas de la legitimación traslativa *contra dominum*.

En segundo lugar, los derechos reales son reales precisamente porque no necesitan ser consentidos para oponerse a terceros. En el Código Civil argentino deriva ello del juego de dos normas: la primera, del artículo 1.195 por el cual ningún pacto puede perjudicar a tercero, lo que, sin más, daría la razón a nuestro autor, pues vendría a exigirse el consentimiento del tercero, de uno u otro modo, para que hubiera de estar a lo estatuido. Sin embargo, la norma se enlaza con el artículo 2.502 y concordantes (si se me apura, todos los del Libro III), por cuya virtud los derechos reales sólo pueden ser creados por ley; no vaya a ser que la libérrima autonomía contractual se imponga sobre la libertad del individuo y su patrimonio a partir de un acto en el que no ha participado. El precepto se completa, así, estableciendo que si por negocio jurídico se constituyesen otros derechos reales, o, tanto es igual, se modificasen los que por el Código se reconocen, los efectos de la operación sólo se habrían de traducir entre las partes, a saber, como derechos personales. A la postre, pues, sólo en este caso, marginal, en que los interesados actuaran *ultra vires*, sería necesario el consentimiento de terceros.

Volveríamos de esta manera al punto, siquiera implícito, de partida, para preguntarnos: ¿por qué hay algunos derechos de atribución y/o uso que gozan de un mayor alcance que otros y que, sin requerir del ulterior compromiso de terceros, traspasarían frente a éstos su personal limitación de efectos?

Entiendo que por el objeto, material, tangible, perceptible al que se sujetan. Es la inmediación como *quid* de los derechos reales el fundamento de su apriorística absolutividad (8), de su oponibilidad *ad casum*. De cosas y no de

(8) Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas: sistema español», en DE REINA TARTIÈRE (COORD.), *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 26.

bienes en general hemos de hablar, pues la apariencia como criterio legitimador, como patrón de reconocibilidad del título de quien transfiere, es la clave y no la extensión desmesurada de consentimientos. Mezclar unos y otros bienes, al margen de su proyección natural al reconocimiento no conviene. Y es que, reitero, la oponibilidad de los derechos reales, con la que se vincula tan intensa y precisamente la máxima del número cerrado, se funda en la inmediatividad o intermediación que, cifrada respecto de los bienes más básicos en la posesión, permite identificar fácil y objetivamente quién goza de titularidad para excluir. «No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí) y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publica. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye» (9). Pero aun más; el hecho de que un derecho conste registrado —y no hablo sólo desde la experiencia argentina— no es patente de corso para obviar absolutamente el estado material del bien sobre el que se pretende contratar (10).

III. FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL *NUMERUS CLAUSUS*

Muy especialmente, como ejemplo de que el análisis económico se antoja relevante para comprender las instituciones del Derecho civil, Horacio SPECTOR, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella, considera la tipicidad de los derechos reales. «VÉLEZ SARSFIELD —evoca— introdujo en el Código diversas normas que limitan la capacidad de los individuos para dividir en muchas partes los paquetes de derechos de propiedad. En particular, el artículo 2.502 prohíbe la creación de nuevos tipos de derechos reales *numerus clausus*. En la nota a tal artículo, VÉLEZ menciona los obstáculos a la explotación económica presentados por la descomposición de la propiedad en la Europa medieval, en particular en España. VÉLEZ SARSFIELD

(9) BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2006, págs. 169-170.

(10) Vid., más sobre estas cuestiones, *infra*, epígrafe V.

justifica tal disposición diciendo: “La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades...”. Todavía más, en la nota al artículo 2.503, justifica la supresión de la enfiteusis y del derecho del superficiario, que expresamente prohíbe en el artículo 2.614, junto con todo tipo de prohibiciones a la venta. Las normas del Código Civil argentino que garantizan la unidad de la propiedad evitando su desintegración voluntaria tienen un fundamento económico claro, sistematizado recientemente por el profesor Michael HELLER [«The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to Markets», en 111 *Harvard Law Review* 621 (1968)]. HELLER estudia cómo las actividades económicas se ven afectadas por la descomposición de los derechos de propiedad en las manos de diversos titulares. Al establecer la propiedad privada unida y completa, VÉLEZ intentó evitar las ineficiencias asociadas con la —así llamada— «tragedia de los anticomunes», que ocurre cuando los costos de transacción, la conducta estratégica o las deficiencias cognitivas evitan que los titulares de diversos derechos de propiedad se junten en un paquete único de derechos. Sin duda, VÉLEZ SANSFIELD no conocía esta noción moderna, pero tenía una comprensión intuitiva refinada de la fundamentación de la propiedad no fragmentada» (11). Recordando SPECTOR cómo «la tragedia de los anticomunes» viene a consistir en la amenaza del eficiente uso y enajenación de la propiedad (12).

Para comprender mejor cuanto se dice, debemos desarrollar no sólo esa tragedia, en la terminología acuñada, obviamente, desde distintos senos, por los *iuseconomistas* —permítaseme la locución—, sino la de los *commons*, la de los bienes comunes. Como explica COLOMA, «la expresión “tragedia de los comunes” se utiliza para hacer referencia a un problema de eficiencia que tiene lugar cuando existe un recurso común que es utilizado por varios agentes económicos de manera conjunta, sin que ninguno de ellos pueda excluir a los demás de su uso. Esto suele generar un efecto negativo recíproco, originado en el hecho de que las acciones de cada agente económico le crean costos a los demás agentes, sin que las mismas conlleven la necesidad de compensar monetariamente a los perjudicados». Por su parte, el concepto de “tragedia de los anticomunes” refiere la «situación en la cual varios agentes económicos tienen derechos de exclusión sobre un determinado recurso, pero ninguno de ellos tiene el derecho exclusivo de uso. En tal caso lo que puede ocurrir es

(11) «Justicia y bienestar desde una perspectiva de Derecho Comparado», en KLUGER (comp.), *ob. cit.*, págs. 57-58.

(12) Para la consideración de la teoría de los *anticommons* como la elaboración iuseconómica de la limitación a la creación legal de derechos reales, vid. especialmente, BAFFI, «Gli *anticommons* e il problema della tipicità dei diritti reali», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, núm. 3 (2005), pág. 455.

que la necesidad de compensar monetariamente a varios propietarios del mismo activo de manera simultánea haga que el uso del recurso afectado se vuelva antieconómico: que activos que en otra situación serían explotados terminen quedando ociosos. La tragedia de los comunes es, pues, asimilable a un problema de sobreexplotación de un recurso común. La tragedia de los anticomunes, inversamente es un problema de subexplotación de dicho recurso» (13).

Así las cosas, a lo que efectivamente habría apuntado VÉLEZ al inclinarse por el *numerus clausus*, con palabras, sin duda, mucho más entendibles, es a la liberación de la propiedad, a la superación final de las trabas secularmente impuestas a la riqueza fundiaria. Se trataría de erradicar la propiedad dividida, la fragmentación horizontal de las fincas (sin ninguna connotación con el régimen homónimo cimentado hoy en la ley 13.512). El nuevo sistema se construiría jerárquicamente a partir de la exclusividad del dominio, nota sustancialmente complementada con un elenco tasado de derechos reales menores, de mayor o menor duración según cuánto hubieran de incidir sobre las facultades materiales (uso, disfrute) del propietario (14). Tendría, entonces, razón SPECTOR cuando, señalando la eficiencia de la propiedad como una base del ordenamiento argentino, recuerda la raíz económica que subraya el Código al respecto, aunque una completa identificación del *numerus clausus* con la cuestión de los anticomunes puede no resultar del todo comprendida, al amparo justamente de cuanto se indicaba en el epígrafe precedente. Fíjese en que, mientras los inconvenientes de los anticomunes se producen en espacios y con respecto a bienes donde la protección de los derechos de atribución del titular encuentra una base estrictamente regulatoria, a expensas de su reconocimiento institucionalizado, el *numerus clausus* en modo alguno puede desligarse de la naturaleza del objeto que subyace al derecho de turno, que se manifiesta por su vinculación inmediata con la cosa (inmediación). El paradigma de los anticomunes, a lo sumo, sería eso y, como tal, ha de aprovecharse como cauce para la reflexión (15).

(13) «Análisis económico de los derechos de propiedad», en KLUGER (comp.), *ob. cit.*, págs. 179-180.

(14) Repárese en que, entre uno y otro sistema, el otrora vigente y el jerárquico organizado, la fragmentación puede ser vertical, como digo (por ejemplo, en el caso de la subdivisión de lotes de un terreno) u horizontal (cuando sobre un bien se constituyen múltiples derechos reales limitados). La propiedad feudal consistiría, entre ellos, en un típico ejemplo de propiedad fragmentada horizontalmente, como sostiene BAFFI (cfr., *ob. cit.*, pág. 460). Vinculada, aunque no perfectamente asimilable con la primera modalidad, cabría sumar, la propiedad en condominio cuya homogeneidad en las facultades conferidas a cada condómino se destaca como fuertemente desventajosa (cfr. COLOMA, *ob. cit.*, págs. 180-182; *contra*, aparentemente cuando pone como ejemplo de división horizontal de la propiedad el de un derecho comunal, como en el caso del pastizal compartido por varios agricultores, POSNER, *El análisis económico del Derecho*, trad. de SUÁ-REZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, págs. 77-78).

(15) Cfr. MERRIL y SMITH, «Optimal standardization in the Law of Property: the *Numerus Clausus* Principle», en *Yale Law Journal*, v. 110 (2000), pág. 6.

Por el contrario, el *numerus clausus* se engarza como axioma consecuente de la realidad que funda toda una rama del conocimiento jurídico, la cual, desde luego, sobra decirlo, no se circunscribe a la pacata lista del artículo 2.503 del Código Civil. De ahí que, nacido al amparo de una particular razón de ser económica, su interpretación deba conjugarse hoy con otros postulados, mejor dicho, con criterios que estaban pendientes de maduración al momento de instaurarse la leyenda, como son el de oponibilidad (por cognoscibilidad) y el estrictamente vinculado, dada su consolidación en el devenir de nuestro tráfico inmobiliario, de la buena fe. Y no se diga que ambos son factores igualmente contingentes con respecto a los derechos sobre bienes inmateriales, que no lo niego, pero su *modus operandi*, posesión mediante, es radicalmente distinto: sólo los bienes corporales pueden poseerse, siendo que por la posesión se comunica un indicio razonable de titularidad; con todo, aun en este caso, los derechos no se poseen, se ejercitan. Por demás, la mala fe, es decir, el pleno conocimiento de lo que otro ha podido generar con su inversión, trabajo o esfuerzo, no siempre en la normativa en materia de propiedad industrial queda condenada.

En virtud de lo anterior, no creo que pueda afirmarse, al menos, no con la rotundidad que lo hace CARRASCO PERERA, que el *numerus clausus* haya nacido, y por inercia se mantenga, como «una contingencia histórica desafortunada que se produce, como catástrofe normativa, por la confluencia de dos particularidades de la doctrina alemana del Derecho común» (16). Valoración fundada por el autor, primero, al requerir el sistema una puerta de entrada idiosincrásica e inútil, que es el «contrato real de alcance dispositivo (los derechos reales son reales en Alemania porque nacen de contrato real)». Segundo, porque «la propuesta de *numerus clausus* requiere de una poderosa jurisprudencia de conceptos en la construcción de tipos de derechos sobre cosa ajena, como la que era capaz de deparar el pandectismo alemán. Y requiere una buena hipocresía en el uso residual de la propiedad en formas fiduciarias». La hipocresía sistemática consistiría en «proponer nichos cerrados, pero tapar huecos mediante un uso y abuso incontrolado de la propiedad fiduciariamente vinculada» (17).

(16) «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español», en DE REINA TARTIÈRE (coord.), *ob. cit.*, pág. 77.

(17) Desarrollando esta polémica idea, CARRASCO expresa: «el sistema de *numerus clausus* es hipócrita socialmente y propiciatorio de fraudes. Como demuestra nuevamente la experiencia alemana, allí donde no cabe construir nuevos tipos se utiliza la propiedad como supertipo residual “fiduciario”, con la particularidad de que con este uso supletorio se arrumban normas imperativas existentes para tipos determinados. Es lo que ha pasado, cuando la atípica cesión de créditos en garantía ha desbancado a la pignoración de créditos, o cuando la *Treuhand*, en cualquiera de sus formas, ha venido a cumplir y llenar las funciones tipológicas del *trust* como forma especial de dominio». Y afirma: «que, si uno se empeña, la titularidad como fiducia puede suplir y hacer las funciones de todos los tipos posibles de derechos sobre cosas, [según] se manifiesta ahora en el *Codi* [se refiere al

No puede aceptarse, como digo, esa circunscripción del *numerus clausus* a su génesis dogmática dentro del ordenamiento alemán y su muy peculiar sistema de transmisión de los derechos reales; y no puede hacerse, de primeras, porque la tipicidad no necesita de la abstracción causal traslativa como presupuesto. Son muchos los sistemas jurídicos que a ella se adscriben, con independencia del modelo adoptado para la transferencia de los derechos sobre cosas, desde el del *solo consensu* francés al nuestro del título y el modo. En segundo lugar, por esa minusvaloración que hace el autor de la jurisprudencia de conceptos, a la postre, de la elaboración de un sistema en la que cada uno de los tipos, de sus principales piezas, es identificada por una función económica. La congruencia normativa, cimentada en la aquilatada reflexión de la pandectística, se tacha como defecto como si entre nosotros las cosas estuvieran más claras. Se critica a los alemanes, cuando la depuración de tipos de derecho real superfluos, traídos de la mano de una tradición abandonada por *desuetudo*, algo a lo que justamente apunta CARRASCO en su análisis, comienza justamente con su Código; así, por ejemplo, los derechos de uso y anticresis, que no es que se prohíban pero que tampoco se encumbran con autonomía típica propia. Y finalmente, ya que, por obvio, no quiero recordar el verdadero contexto histórico que generó la proscripción que significa el *numerus clausus* (en los estertores de la Edad Moderna), porque tampoco es cierto que a través del negocio fiduciario valga todo, que por esta ventana pueda entrar lo que por la puerta expulsa el sistema. ¿O acaso no ha coadyuvado la doctrina alemana a la diferencia entre tipo formal y tipo sustantivo, en referencia éste al contenido que hace a cada modalidad jurídico-real, no ya porque lo diga el BGB, sino en atención a su cometido? Será éste, en consecuencia, el que se imponga sobre la estructura fiduciaria sometiéndola al igual respeto de los intereses en presencia; el factor esencial a partir del cual se califique la operación para evitar fraudes.

IV. *NUMERUS CLAUSUS* Y MODELOS REGISTRALES

Evidentemente, la postura cuestionada excede del objeto de este trabajo. He querido traerla a colación por constituir su respuesta a la opinión, esta sí más atinente respecto del presente estudio, de ARRUÑADA acerca de la clasificación de los sistemas registrales y la relación de cada modelo en relación con

Código Civil catalán]: en lugar de la anticresis con “típica” (?) función de garantía, cabe pactar un usufructo con función de garantía y contenido anticrético (arts. 561.3.2 c); 561.16.1 d)). Mas si esto es así, también cabrá pactar un “derecho de propiedad” en garantía limitada a la percepción anticrética de frutos, o una propiedad fiduciaria del derecho de vistas, o una simple “propiedad” del derecho de vistas, o una propiedad del derecho de vistas en garantía del pago de un crédito» (*ibídem*).

la libertad de creación de derechos reales. A su juicio, en la distinción entre los registros de documentos, o de mera inoponibilidad, como el francés o muchos de los que se conocen en los Estados Unidos, y los registros de derechos, de mayor control y cautelas de cara a la inscripción, como es el caso alemán o el australiano (Acta Torrens), la eficacia real de los derechos se encontraría, comparativamente, menos limitada en los primeros; es decir, en ellos las partes serían relativamente más libres para definir los derechos reales. En cambio, en los registros de derechos a los que, obviando consolidados prejuicios, creo que se encontraría más próximo el argentino, los sistemas divergen, a su vez, según la intensidad «con que la ley determine el número y contenido de los derechos reales y, en consecuencia, reduzca más o menos la libertad de las partes y la extensión del juicio calificador del registrador. Cuando los derechos reales son definidos por ley de forma detallada, con una aplicación más estricta del principio de *numerus clausus*, la colisión entre derechos es menos probable y las partes afectadas son identificadas más fácilmente por el registrador cuando éste comprueba que las partes del contrato cuentan con los consentimientos de todos los terceros afectados (18). Así es como funciona el *Grundbuch* alemán. Inversamente, cuando la ley permite que en el contrato privado se determine más libremente el contenido de los derechos reales, la colisión es más probable y resulta más difícil para el registrador identificar quiénes son los terceros afectados. El Registro de la Propiedad español, por ejemplo, trabaja de esta forma. La solución alemana es más sencilla pero más rígida, mientras que su alternativa exige mejores incentivos y cualificación de los registradores, de acuerdo con el mayor alcance y extensión de su juicio calificador (19). Al simplificar la labor del registrador, un *numerus clausus* más estricto sirve por ello, de forma indirecta, para proteger a los titulares de derechos cuya pérdida podría producirse por causa de errores

(18) En realidad, dada la crítica vertida anteriormente sobre la configuración de la propiedad como consentimiento organizado, lo que el Registrador habrá de comprobar es que no se afecten los derechos inscritos y, en relación con ello, especialmente que el transmitente conste como titular último en la cadena traslativa, que se encuentre legitimado para autorizar el acto de disposición. La protección de estos terceros con derecho inscrito vigente al tiempo de la mutación real pretendida (por ejemplo, un acreedor hipotecario o el titular de una servidumbre frente al posterior cambio en la titularidad del dominio), la reciben directamente de la ley, la cual se inspira en el conocimiento adquirido o, en el caso de que la consulta previa al Registro no se establezca en la legislación de que se trate preceptivamente, se haya podido obtener. Es por eso que nada tienen que consentir; ni siquiera serán convocados.

(19) Similarmente a lo expresado en la nota anterior, el Registrador español no investiga ni sale a buscar a los terceros a la calle; podrá protegerlos, al calificar un documento negativamente, eso sí, pero como correlato del control de legalidad del que es responsable. En otros términos: los únicos terceros individualmente considerados que vendría a proteger, atenta la naturaleza de su función y las limitaciones con las que ésta se despliega (de puertas para adentro), serían los que consten anteriormente registrados y puedan resultar perjudicados por la inscripción solicitada.

en la calificación registral y como consecuencia de la fuerte eficacia que genera la inscripción en el registro de derechos» (20).

Más allá de su corrección, el bosquejo inspira con su comparativa dos conclusiones. Una muy obvia: que el registro de derechos es más eficiente que el de documentos, o, dicho más técnicamente, que cuanto más se avanza en la protección de la seguridad por vía registral más se optimizan los recursos del sistema. Y otra no tanto: que el *numerus clausus*, siendo en la realidad de los distintos ordenamientos independiente del modelo de registración que se adopte, se constata pauta que limita los costes de transacción por sí misma.

V. LOS COSTES DE TRANSACCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES EN LA ARGENTINA

El factor registral es sólo una de las aristas en cuanto a los costes de transacción de derechos reales se refiere. Por de pronto, téngase en cuenta que no todos los derechos reales recaen sobre bienes registrables, aunque el elenco cada vez se abra más ante las necesidades de mayor seguridad en el ámbito mobiliario. En este sentido, el trámite registral incorpora un relativo encarecimiento de las operaciones, no tanto como la derivación que supone que la documentación registral tenga que estar autorizada ante notario. Este juego llamado «de doble calificación», de doble control de legalidad, se instituye con carácter general sólo para las operaciones sobre inmuebles, en la medida en que su mayor valor absorbe los respectivos costes con holgura. En cambio, aunque en ocasiones puedan alcanzar una elevada cotización, la mayoría de los bienes muebles goza de un valor más reducido, condición que no justifica los gastos de una instrumentación por fedatario público ni del registro. Cuando, sin embargo, alguna o ambas cautelas se establecen, se hace con miras a bienes que, como las aeronaves, los buques, los automotores o ciertos animales de raza, tienen una relevante importancia económica y son —esto únicamente como presupuesto para la registración—, susceptibles de una fácil individualización (21).

(20) *Ob. cit.*, págs. 43, 48 y 49.

(21) MARTÍNEZ VELENCOSO afirma que, frente a la posesión, «también es más eficiente el Registro de la Propiedad cuando los bienes no son objeto de transmisión frecuentemente, así como cuándo el bien es susceptible de aprovechamiento económico por varios sujetos al mismo tiempo (cuando es interesante constituir derechos reales limitados sobre el mismo, v. gr., el derecho real de hipoteca) y cuando el mismo disfruta de una vida útil prolongada» («Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria», en *InDret*, núm. 4 [2008], pág. 13). Pero si nos fijamos las tres son características inherentes a los bienes inmuebles; es la naturaleza del bien la que posibilita y habilita esas utilidades y de ahí que el bien se registre; no son las utilidades las que justifican su matriculación; vid. *supra*, epígrafe II.

Advertido ello, debemos preguntarnos cuál es la razón por la que la inscripción se considera necesaria en una legislación, como la argentina, donde se prevé, al menos *ab origine*, la posesión como elemento de exteriorización, de publicidad de los derechos reales, al exigirse la *traditio* (modo).

Por lo que atañe a la cuestión, se ha de decir que la posesión no supone un mecanismo de publicidad enteramente fiable; primordialmente su función a estos efectos es negativa: la de evitar que el interés o expectativa de adquisición comprometida se perjudique por la transmisión, la entrega del bien a un tercero (22). Es cierto que la titularidad de los derechos reales se revela normalmente por su medio, pero también que no siempre quien posee o detenta una cosa disfruta del título que alega para contratar. Por ejemplo, el acreedor al que se le entrega en prenda una cosa, podría hacerse pasar por propietario para proceder a venderla. Con esa venta, al legislador se le plantearía un claro conflicto: o mantener al legítimo dueño en la propiedad de la cosa o conceder su dominio al tercero que hubiera confiado en la apariencia creada por la posesión. En el primer caso, el principio de legitimación se impondría, con lo que se obstaculizaría gravemente el tráfico jurídico, en la medida en que quien aspirara a adquirir una cosa demandaría, en previsión de un futuro despojo, innumerables pruebas que acrediten la propiedad, la perfecta aptitud del disponente. Los costes se multiplicarían. Por el contrario, la consagración del derecho adquirido por el tercero traería irremediablemente consigo la extinción del dominio en cabeza de quien no habría participado ni permitido el negocio oportuno; la inseguridad que acarrearía esta solución sería económicamente todavía más riesgosa (23).

(22) En relación con el carácter negativo de la publicidad posesoria, téngase en cuenta, además, un dato implícito en la nota anterior: que la posesión natural, material de bienes muebles no resulta posible con carácter parcial, al contrario de lo que sucede con los inmuebles, a cuyo respecto sí cabe que varias personas ejerzan actos posesorios con simultaneidad (propietario, titular de una servidumbre de paso, usuario, etc.).

(23) El supuesto, explicado desde el Derecho contractual como un caso de legitimación extraordinaria, y desde el Derecho de cosas, en cuanto adquisición *a non domino*, se equipara por la doctrina iuseconómica a la usucapión, pues por ambas se llega a una suerte de transmisión forzosa. POSNER ejemplifica como sigue: «A tiene un diamante y lo da a su agente B con instrucciones de empeñarlo, y B, que le ha entendido mal, lo vende a C. Siempre que C no sepa o no tenga razón para saber que B no estaba autorizado para venderle el diamante, C adquirirá un título válido del diamante» (*sic*). Estaríamos ante un caso simple en que A habría podido evitar el error a un costo menor que C. «Supongamos ahora que B no era el agente de A, sino que le robó a éste el diamante y lo vendió a C sin darle ninguna razón para sospechar que estaba comprando mercancía robada. C no adquirirá un título válido; [y es que] un ladrón no puede dar un título válido a su comprador». Aunque A podría prevenir la transferencia errónea a un costo menor que el de C tomando mayores precauciones contra el robo, si se permitiera que C obtuviera un título válido se estimularía el robo. Los ladrones obtendrían precios más altos de los compradores “de chueca”, porque estos últimos podrían obtener precios mayores en el mercado de reventa (siempre que se tomen medidas para que el comprador no sospeche)». La conclusión es evidente: «la gente pagará más por un título seguro que por uno dudoso», pues «no queremos un mercado eficiente de bienes robados» (*ob. cit.*, págs. 83-84).

Pues bien, en relación con esa lucha entre la seguridad en los derechos y la seguridad en el tráfico, el ordenamiento argentino se decanta por que la segunda sólo se imponga por excepción y bajo las condiciones de onerosidad del título y buena fe en la persona del beneficiario, buena fe que en el ámbito inmobiliario se erige en diligencia con el agregado de la carga que constituye el estudio de títulos, veinte años para atrás (el de la usucapión larga), y un dato de suma relevancia: la imposibilidad de desconocer los derechos vigentes e inscritos en el folio registral, al menos mientras no se rebata su validez por quien se considere por ellos perjudicado en el oportuno expediente judicial contradictorio.

RESUMEN

PROPIEDAD ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En aparente novedoso enfoque, llega al Derecho de cosas, como a tantas otras ramas jurídicas, toda una corriente doctrinal que valora las implicaciones económicas de las normas del sistema, sobre todo, en lo que toca al ámbito inmobiliario. Sin embargo, se trata de algo que late tras cada uno de los derechos reales en su fundamento genético como bien ha ido demostrando la investigación histórica. La tipicidad, que no numerus clausus, importante distinción, ya que sólo la primera noción puede predicarse de una u otra manera de cualquier ordenamiento, ha mirado siempre a la ratio económica de cada instituto, para construir, a partir de ahí, un sistema coherente que nos viene dado y cuya actual aspiración a la apertura encuentra escaso campo de aplicación precisamente por ello.

ABSTRACT

PROPERTY ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

In an apparently novel focus, in-rem law, like so many other branches of juridical affairs, faces the arrival of an entire current in doctrine that assesses the economic implications of the rules of the system, especially as they touch upon the sphere of real estate. This, however, is a question of something that beats behind each one of the real rights in their genetic fundament, as has been well shown by historical research. Classification (not numerus clausus; this is an important distinction, because only the notion of classification can be predicated, in one way or another, on any system of laws) has always looked at the economic ratio of each institute, to construct on that basis a consistent system that is a given for us and whose current aspiration to greater openness finds little field of application, precisely for that reason.

(Trabajo recibido el 12-8-09 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)