

El derecho de propiedad desde la óptica de la regulación

Eduardo Quintana Sánchez¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. El Sistema jurídico visto como regulación. 3. Combinación de sistemas de control en la regulación del derecho de propiedad. 3.1. El control de mercado y jerárquico en la regulación de la propiedad privada. 3.2. El control jerárquico, comunitario y de mercado en la regulación de la propiedad horizontal. 3.3. El control jerárquico en la regulación de la expropiación de la propiedad. 4. La Regulación de la transferencia de propiedad inmueble. 5. A manera de conclusión.

PALABRAS CLAVE

Regulación; Propiedad; sistemas de control; transferencia de propiedad.

KEY WORDS

Regulation; Property; Control systems; Transfer of ownership.

RESUMEN

El autor aborda los alcances de la propiedad y plantea analizarla desde una perspectiva regulatoria, demostrando su congruencia con las diferentes disposiciones del derecho civil, las que funcionan plenamente como sistemas regulatorios en su conjunto, partiendo de la premisa de que todo sistema regulatorio no es más que una combinación de instrumentos, legales o de otra índole, emanados de fuentes estatales o privadas, que se diseñan para lograr un sistema apropiado de control del comportamiento de los agentes.

ABSTRACT

The author discusses the scope of the property and analyzed it from a regulatory perspective, showing its consistency with the different dispositions of the Civil Law, the ones that serve them fully and regulatory systems as a whole, starting from the idea that the regulatory system is not more than a combination of instruments, legal or class, that emanates from state or private sources, which is designed to achieve an appropriate control system behavior of agents.

1. Introducción

¿La regulación es solo una forma de ejercicio de *ius imperium* del Estado? ¿Se puede tratar el derecho de propiedad, institución tradicional del derecho civil, desde una óptica regulatoria? ¿La óptica regulatoria del derecho de propiedad se limita a las restricciones

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN, Universidad del Pacífico, Universidad de Piura y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados.

legales impuestas sobre la propiedad? ¿Para qué sirve una óptica regulatoria del derecho de propiedad o, en términos más generales, del sistema jurídico?

Este trabajo tiene por objeto responder a estas preguntas partiendo de la premisa de que la regulación es todo sistema cuyo objetivo es el control del comportamiento de individuos o agentes, basado en tres funciones: establecimiento de reglas, supervisión de su cumplimiento y control de desvíos. Vista de este modo, la regulación no se reduce a la actividad ordenadora del Estado sobre el mercado, ni se manifiesta solamente a través de normas legales o actos administrativos. Ciertamente los incluye, pero la regulación también abarca otras fuentes de reglas para los agentes e individuos, como la autorregulación o los contratos y los agentes que las definen, supervisan y exigen su cumplimiento.

Las instituciones del sistema jurídico, incluso aquellas típicamente reservadas al ámbito privado, pueden ser caracterizadas como un sistema regulatorio que despliega las tres funciones antes señaladas. La finalidad de ello es evaluar la efectividad del sistema regulatorio para producir reglas o resultados adecuados, su capacidad para acomodarse y responder a los valores y normas que influyen en el desempeño de los agentes que están sujetos a dichas reglas, y su consistencia con las demás disposiciones del marco jurídico.

En el caso específico del derecho de propiedad, la óptica regulatoria permite identificar cuáles son las fuentes que determinan los alcances de este derecho (los propietarios, entes autorreguladores, el Estado o todos los anteriores), y qué poderes tienen sus titulares. Asimismo, permite definir la naturaleza de las reglas que se aplican a la propiedad (netamente privadas, combinan lo privado y lo público), quién supervisa su cumplimiento (los individuos involucrados en cada transacción, el Estado, terceros independientes) y cómo lo hace, y quien toma decisiones de sanción por incumplimientos.

A continuación, se explica cuáles son los contornos de la regulación y cómo el sistema jurídico puede caracterizarse plenamente como un sistema regulatorio. Luego se examina algunas modalidades e instituciones jurídicas del derecho de propiedad (propiedad exclusiva, propiedad horizontal y expropiación). Finalmente, se explica la problemática de las normas de transferencia de propiedad inmueble para hacer un diagnóstico a través de las herramientas de la regulación.

2. El sistema jurídico visto como regulación

La teoría clásica asocia la regulación con el ejercicio de las facultades del Estado para establecer y hacer cumplir reglas de comportamiento para la actuación de los agentes en el mercado. Bajo esta perspectiva, la regulación se motiva en razones económicas y es la forma de enfrentar las fallas del mercado, pudiendo distinguirse entre las denominadas regulación económica y regulación social.² Vista de este modo, la regulación tiene como sustrato el ejercicio del denominado *ius imperium*, pues se impone de forma vertical por el Estado a los agentes regulados, en su condición de ente legitimado a ejercer dicha actividad de control.

² La regulación económica busca enfrentar problemas de falta de competencia, como por ejemplo situaciones de monopolio natural en las que se utilizan instrumentos para simular resultados equivalentes a los que produciría el mercado, como, por ejemplo, la regulación de tarifas o calidades. La regulación social busca enfrentar otras fallas de mercado, como las externalidades relacionadas con efectos negativos para el medio ambiente o la información asimétrica que afecta las decisiones de consumo. Ver Ogus, Anthony (2007, agosto). "Estructuras e instituciones regulatorias". En *Themis* 54, Lima, pp. 274-275.

Sin embargo, el nuevo rol del Estado en la economía, como promotor de la actividad privada más que como actor en el mercado, ha llevado a que la regulación ya no se restrinja al ejercicio del poder de imperio del Estado sino que recurra a instrumentos de control del comportamiento de los agentes que no se sustentan en la intervención ordenadora del Estado. Así sucede con los instrumentos de autorregulación que adoptan diversas agrupaciones para normar y controlar la actuación de sus miembros, sin que haya una decisión estatal de por medio.³ De igual modo, funcionan los arreglos o pactos (contratos) entre sujetos para normar y controlar el correcto funcionamiento de una transacción o situación específica, sin que se recurra al Estado para esto.

Alejándose de la teoría tradicional, la regulación se concibe como una combinación de la intervención del Estado con esas otras formas de control del comportamiento. Desde esta lógica, la regulación excede la actividad normativa del Estado, para abarcar todo el conjunto de formas de control emanadas del sistema de mercado y de las entidades que lo conforman. Esta concepción más amplia de la regulación se ha ido diseminando y es admitida por connotados teóricos del derecho administrativo, como Muñoz Machado, quien afirma lo siguiente sobre una de esas otras formas de control del comportamiento, la autorregulación:

En primer lugar, es visible, en el indicado periodo [al final del siglo xx y los primeros años del siglo xxi, el crecimiento de la significación de la autorregulación. Se ha salido, en efecto, de aquellos sectores que tradicionalmente habían conocido técnicas de autoadministración o de gestión administrativa por los particulares para extenderse a la seguridad, la calidad industrial, el medio ambiente, el mercado de valores, el mercado de la electricidad, algunos aspectos de la actividad publicitaria, la comunicación (a través de medios audiovisuales clásicos o por internet), etc. Podría decirse que en los mercados emergentes el Estado está prefiriendo que la regulación sea la que surge desde el propio mercado, mediante el consenso entre los operadores o mediante la aplicación de las mejores prácticas o técnicas depuradas a lo largo del tiempo. [...] las manifestaciones más genuinas de la autorregulación en la actualidad emergen de la sociedad, que reclama su protagonismo para definir las condiciones que deben servir para el desarrollo de una actividad o la comercialización de un producto. La existencia de estas iniciativas autorregulatorias no depende de una encomienda de tareas hecha por una administración pública, eventualmente desbordada por una acumulación de actividades que desea descentralizar, sino que surgen, sin tal encargo, directamente de los sectores interesados. Son los operadores de estos mercados los que normativizan sus prácticas y definen los métodos, los programas y las reglas a que quiera atenerse. Estas reglamentaciones no requieren el respaldo de los poderes públicos para que los operadores las asuman voluntariamente, las apliquen, y por tanto, tengan un gran papel en la ordenación de cada mercado.⁴

³ De forma pionera Gunningham y Grabosky señalaron que la regulación puede originarse a través de otras entidades distintas a las estatales, que establecen mecanismos económicos o sociales capaces de influenciar el comportamiento de los agentes, como por ejemplo corporaciones, autorreguladores, asociaciones de comercio, etc. Gunningham, N°. y Grabosky, P. *Smart Regulation* (Oxford, 1998).

⁴ Muñoz Machado, Santiago (2009). "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica". En Muñoz Machado, Santiago y Pardo, Esteve (directores). *Derecho de la regulación económica*. Madrid, pp. 119-120.

En el sistema legal peruano se encuentran variados ejemplos que demuestran que la regulación ya no se manifiesta únicamente a través de las normas legales que emite y exige el Estado, sino que se soporta también en otras formas de control del comportamiento igual o más efectivas, dependiendo de las circunstancias y contexto en el cual son empleadas.

Las normas en materia de acceso a redes de infraestructura de servicios públicos son un buen ejemplo de ello. Los sistemas normativos que regulan el acceso a la infraestructura de servicios públicos (energía eléctrica, infraestructura de transporte de uso público, telecomunicaciones, etc.) privilegian que las partes definan las reglas que gobernarán el acceso a dicha infraestructura mediante acuerdos libremente negociados, en vez de establecer las condiciones que regirán el mencionado acceso a través de la intervención reguladora del Estado.

En efecto, el común denominador entre una empresa que produce electricidad y quiere venderla a un cliente industrial que se encuentra dentro de la zona de concesión de una distribuidora de electricidad, una empresa de telefonía móvil que requiere completar las llamadas originadas por uno de sus abonados terminándolas en la red de una empresa de telefonía fija, y una empresa de transporte aéreo que requiere completar un vuelo aterrizando en un aeropuerto del Perú administrado por determinado concesionario, es que el marco legal de esas tres industrias permite que aquellos agentes económicos negocien y acuerden las condiciones de acceso que consideren más convenientes y prevén que intervenga el organismo regulador del sector para imponer las condiciones respectivas solo a falta de un acuerdo.⁵

De este modo, aun tratándose de industrias en las que las infraestructuras tienen características de monopolio natural y, por ende, actividades que son típicamente objeto de intensa regulación por parte del Estado, el sistema regulatorio ha optado por reconocer y dar prioridad a un mecanismo basado en el acuerdo privado en vez de recurrir directamente a la intervención vinculante del regulador.

Con esta visión, la nueva teoría de la regulación permite reconceptualizar el sistema jurídico, partiendo de la premisa de que este, al igual que cualquier otro sistema regulatorio, es un mecanismo de control del comportamiento compuesto por las siguientes tres funciones:

- La creación de las reglas de comportamiento que deben seguir los agentes, incluyendo la vía o mecanismo a través del cual se establece dicha regla;
- La supervisión del cumplimiento de la regla, incluyendo las actividades de recopilación de información para el monitoreo correspondiente; y
- El control de los desvíos para asegurar el respeto de la regla cuando se identifiquen incumplimientos.⁶

⁵ Para energía eléctrica ver el procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica, aprobado vía Resolución de Consejo Directivo de OSINERGIM 091-2003-OS/CD. Para infraestructura de transporte de uso público ver el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 014-2003-CD-OSITRAN. Para telecomunicaciones ver el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por Resolución de Consejo Directivo 134-2012-CD/OSIPTEL.

⁶ Esta caracterización de elementos típicos de un sistema regulatorio se encuentra en trabajos como: Baldwin, Scott y Hood (1998). *Reader on Regulation*. Oxford, pp. 2-4. Hood, Rothstein y Baldwin (2001). *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Oxford, pp. 21-27.

Sin duda, estas tres funciones están presentes en cualquier sistema de control basado en normas legales emitidas por el Estado, pero también se encuentran en otros sistemas de control de comportamientos, como los que se sustentan en acuerdos contractuales o en la autorregulación. Cada una de esas funciones puede ser ejercida por distintos sujetos o entidades, estatales o privadas y, además, pueden canalizarse a través de distintos instrumentos, legales o no legales, según el diseño elegido para el sistema regulatorio. Por ello, se ha señalado que los sistemas regulatorios actuales se encuentran “descentralizados”, en la medida que no responden únicamente a la decisión del Estado ni se instrumentalizan a través de normas legales.⁷

La complejidad de los sistemas regulatorios que surgen con esta concepción requiere definir nuevas categorías para estudiarlos y clasificarlos. Así, por ejemplo, se ha clasificado dichos sistemas regulatorios considerando el tipo de control que los caracteriza. Esta forma de clasificación considera cuatro modelos de control y la combinación de estos.⁸ Los modelos de control antes referidos son los siguientes:

- (i) Control jerárquico. Las funciones de control del comportamiento se ejercen a través de mecanismos jerárquicos. La acción del Estado, a través del ejercicio de *ius imperium* y la emisión de normas legales, cumple con el carácter jerárquico de este modelo, pero no es el único caso, pues no depende de quién lo produce sino de que el control se ejerza desde instancias superiores legitimadas para controlar verticalmente a los regulados.⁹ Los instrumentos del control jerárquico se califican como de mandato y control (“command and control”).
- (ii) Control comunitario. Las funciones de control del comportamiento se ejercen mediante decisiones y medidas adoptadas al interior de agrupaciones o comunidades de sujetos, empresas o entidades, que suelen tener objetivos e intereses alineados, y que por ello adoptan reglas comunes de comportamiento a través de mecanismos de votación representativa, generan mecanismos de autovigilancia entre pares, y establecen sistemas internos de control de desvíos que operan a través de sanciones sociales como la desaprobación o la exclusión del grupo.¹⁰ Los instrumentos del control comunitario son naturalmente los de autorregulación.
- (iii) Control por competencia o de mercado. Las funciones de control del comportamiento se despliegan mediante acuerdos o arreglos típicos del derecho privado, mediante los

⁷ Black, Julia (2001). “Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a Post-regulating World”. En *Current Legal P.* 54. Black, Julia (2002). “Critical Reflections on Regulation”. En *Australian Journal of Legal Philosophy* 21.

⁸ Scott, Colin (2000, diciembre). “Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors”. En *European Law Journal* 4. Volumen 6, pp. 316-322. Murray, A. y Scott, C. (2002, julio). “Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power”. En *The Modern Law Review* 4. Volumen 65, pp. 500-512.

⁹ Murray, 2002: 502. Las empresas certificadoras de la calidad en sistemas tipo ISO, las clasificadoras de riesgos que determinan el grado de inversión de los países, o las entidades que asignan los nombres de dominio en la internet (como el caso de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - Iccann), cumplen también con desplegar un control jerárquico, pues tienen la legitimidad necesaria en sus respectivos campos para establecer las reglas y verificar su cumplimiento.

¹⁰ El elemento característico de un sistema comunitario estará dado por el carácter colectivo del control, que trasciende el acuerdo entre dos o más sujetos para regir su comportamiento en una relación individual, para convertirse en la fórmula general de desempeño de una determinada comunidad de agentes.

cuales los sujetos definen reglas para organizar una transacción o situación específica en el mercado. En tales acuerdos se definen las reglas aplicables (por ejemplo contra-prestaciones, plazos, condiciones, etc.), se contemplan sistemas para que las partes vigilen el cumplimiento de su contraparte (requerimientos de facturación, conformidades periódicas, etc.), y se establecen mecanismos para controlar posibles desvíos (penalizaciones, causales de resolución anticipada, etc.).¹¹ Los instrumentos del control por el mercado o de competencia son típicamente los contratos, las asignaciones de derechos de propiedad, entre otros.

- (iv) Control por diseño. En este caso la regla, la supervisión del cumplimiento y el control de desvíos se produce a través de dispositivos o medios físicos que definen el comportamiento esperado, aseguran su respeto e impiden el incumplimiento.¹² Este tipo de control suele ser menos claro y manifiesto que los otros modelos, pero no es extraño encontrar que se utilizan dentro del sistema jurídico como soporte de disposiciones legales.¹³ Los instrumentos del control por diseño son los propios dispositivos físicos.
- (v) Control mixto. Las funciones de control del comportamiento se ejercen mediante la combinación de los cuatro modelos antes explicados. Corresponde señalar que los sistemas regulatorios usualmente son de este tipo.

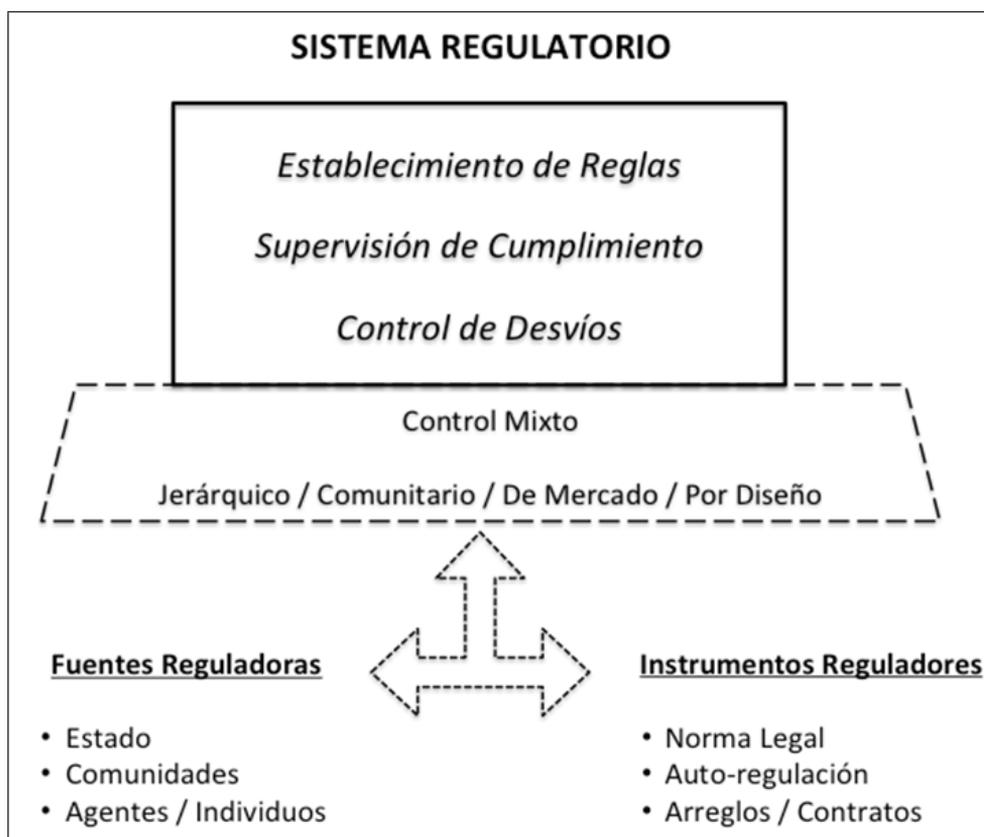
Así como la descrita hay otras clasificaciones de los sistemas regulatorios,¹⁴ la finalidad de explicar sus alcances solamente es mostrar que un sistema regulatorio, concepto que ciertamente incluye al sistema jurídico, que es una combinación de instrumentos, legales o de otra índole emanados de fuentes estatales o privadas, que se diseña para lograr un sistema apropiado de control del comportamiento de los agentes.

¹¹ Este tipo de control puede desplegarse incluso a través del funcionamiento del propio mercado. En primer lugar, este cuenta con reglas, como la de oferta y demanda, que determinan las condiciones de compra y venta (precios, calidades, cantidades producidas). En segundo lugar, genera mecanismos de supervisión a través de los flujos de información que circula en el mercado que permiten identificar quiénes siguen aquellas reglas y quiénes no. En tercer lugar, ofrece un mecanismo de control de desvíos efectivo, pues a través de decisiones agregadas de traslado de la demanda hacia otros proveedores se puede “sancionar” a quienes se alejan de las mencionadas reglas.

¹² Un ejemplo sobre simplificado de control por diseño serían los dispositivos de bloqueo para impedir el parqueo de autos en determinada zona. Estos dispositivos en sí mismos constituyen la regla de prohibición de estacionarse, su instalación permite verificar que se cumpla la prohibición y tiene la funcionalidad de impedir los desvíos, salvo que sean manipulados y/o retirados adrede.

¹³ En el caso de las normas de tránsito, por ejemplo, varias reglas se establecen a través de señales de tránsito o de colores en los semáforos colocados en las vías públicas. De acuerdo con el Código de Tránsito (Decreto Supremo 016-2009-MTC – Aprueba TUO del Reglamento Nacional de Tránsito), el semáforo se define como aquel “dispositivo operado eléctricamente mediante el cual se regula la circulación de vehículos y peatones por medio de luces de color rojo, ámbar y verde”.

¹⁴ Así, por ejemplo, la clasificación de Lessig identifica el sistema regulatorio con la fuente en base la cual se limita o controla el comportamiento de los agentes, considerando: (i) la ley, que limita mediante la amenaza de sanción; (ii) las normas sociales, que limitan con sanciones sociales como la crítica y el ostracismo; (iii) el mercado, que limita a través de precios y otras señales de mercado; y (iv) la arquitectura, que limita a través de elementos como los mecanismos de seguridad creados para controlar el acceso y copia de determinados programas en Internet. Cfr. Lessig, Lawrence (1999). *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York, pp. 235-239.



Así, la óptica regulatoria permite ver que el sistema jurídico se vale de las reglas y de los sistemas de supervisión y de control de desvíos que mejor se adaptan a los requerimientos de las actividades económicas e industrias productivas o de servicios que se busca regular, independientemente de que hayan sido establecidos por el estado o por agentes privados y de que se encuentran plasmados en normas legales o en otros instrumentos de soporte.

Para demostrar lo dicho, véase cómo la interconexión a redes de infraestructura de servicios públicos de telecomunicaciones, sobre la que ya se empezó a comentar al inicio, puede caracterizarse plenamente bajo la óptica regulatoria. La interconexión está definida como el conjunto de acuerdos y reglas cuyo objeto es que los usuarios de los servicios prestados por un operador de servicios de telecomunicaciones puedan comunicarse con los usuarios de servicios prestados por otro operador.¹⁵ El marco legal de telecomunicaciones contempla un plazo de hasta 60 días calendario para que los operadores puedan negociar y ponerse de acuerdo con los términos y condiciones que regirán su relación de interconexión, plazo que puede ser prorrogado por un plazo igual de común acuerdo entre las partes.¹⁶ De existir acuerdo, los operadores suscribirán un contrato de interconexión, el que debe respetar el marco legal y regulatorio de telecomunicaciones.¹⁷

¹⁵ Artículo 3 del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión aprobado por Resolución de Consejo Directivo 134-2012-CD/OSIPTEL (en adelante el TUO de Interconexión).

¹⁶ Artículo 49 del TUO de Interconexión.

¹⁷ Artículos 44 y 53 del TUO de Interconexión.

Para que esto último sea verificado, los operadores deberán poner el contrato celebrado en conocimiento del regulador del sector, OSIPTEL, a fin de que este lo apruebe en un plazo máximo de 30 días o, de ser el caso, plantee las modificaciones o adiciones que obligatoriamente deberán ser incorporadas por los operadores.¹⁸

Si la libre determinación de las reglas de interconexión no funciona, cualquiera de los operadores puede solicitar al OSIPTEL que emita un mandato de interconexión, sobre aquellos aspectos en que no hubieran logrado acuerdo. El mandato que emita el regulador contemplará las normas de obligatorio cumplimiento para la interconexión, incluyendo las especificaciones técnicas, los cargos de acceso que deberá pagar el operador interesado, las fórmulas de ajuste, y todas las reglas que sean necesarias para la interconexión.¹⁹

De producirse algún desacuerdo entre los operadores sobre el contrato de interconexión o sobre su interpretación, el sistema jurídico prevé que las partes solucionen la divergencia directamente y comuniquen al regulador lo que hayan acordado. Si no tuvieran éxito, las diferencias pueden ser sometidas a un procedimiento de solución de controversias que será resuelto por las instancias del propio regulador.²⁰

Finalmente, si existieran incumplimientos a las reglas acordadas por los operadores (por ejemplo, si un operador aplica cargos mayores a los pactados) o si alguno de estos se negara a cumplir con el mandato de interconexión emitido por el regulador, este procederá a iniciar el procedimiento sancionador respectivo, en tanto que ese tipo de conductas se encuentra tipificado como infracción muy grave.²¹

Como puede verse, el sistema regulatorio de la interconexión de redes de telecomunicaciones contempla que el establecimiento de reglas se realiza, en primer lugar, mediante un control de mercado, es decir, por acuerdo entre las partes interesadas. De lograrse este acuerdo, la intervención del regulador, es decir el control jerárquico, sólo funciona para corroborar que el control de mercado no contradiga el marco legal. Adicionalmente, si el control de mercado no funciona, se prevé que las reglas sean establecidas mediante control jerárquico.

La función de supervisión de las reglas es dejada en manos de los operadores como contrapartes del contrato, es decir, también se ejerce mediante control de mercado. En el caso del control de desvíos, se contempla también una opción de control de mercado para solucionar por trato directo las diferencias sobre la interpretación o aplicación de los contratos de interconexión, pero si no funcionara se prevé que opere el control jerárquico a través del mecanismo de solución de controversias que administraba el regulador. De otro lado, los casos de incumplimiento se manejan directamente a través de control jerárquico, es decir, a través de procedimientos sancionadores seguidos por el regulador.

El análisis del sistema jurídico desde una óptica regulatoria no tiene un objetivo teórico, sino que permite evaluar tres aspectos vitales para cualquier sistema de control del comportamiento, esto es, evaluar si el sistema jurídico:²²

¹⁸ Artículo 50 del TZO de Interconexión.

¹⁹ Artículos 51 y 52 del TZO de Interconexión.

²⁰ Artículo 58 del TZO de Interconexión.

²¹ Numerales 50 y 26 del Régimen de Infracciones y Sanciones del TZO de Interconexión (anexo 5), respectivamente.

²² Parker, Scott, Lacey y Braithwaite (2004). *Regulating Law*. Oxford, pp. 10-12.

- (i) Tiene efectividad, es decir, si tiene impacto regulatorio en la vida diaria, si los agentes regulados logran o fallan en cumplirlo;
- (ii) Es sensitivo,²³ si responde y se acomoda positivamente a las normas, valores y el ordenamiento social imperante; y,
- (iii) Es coherente, es decir, si convive e interactúa pacíficamente con el marco legal aplicable en su conjunto a la industria o actividad.

Regresando al caso de la interconexión de redes de servicios públicos de telecomunicaciones, la decisión de incorporar el control de mercado como primera opción (acuerdos de interconexión y solución de diferencias vía trato directo) puede entenderse en términos de efectividad, debido a que los costos de transacción para llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso para los operadores de telecomunicaciones no son tan elevados como para requerir la intervención a través del control jerárquico desde un inicio, considerando particularmente que los operadores tienen mayor experiencia sobre aspectos técnicos y comerciales, por lo que se encuentran en mejor posición que el regulador para definir reglas sobre especificaciones técnicas y sobre responsabilidades en la operación. De modo similar, la preferencia por la mencionada opción regulatoria también puede entenderse en términos de sensibilidad, debido a que los operadores se encuentran en mejor posición para tomar esas decisiones en una industria caracterizada por el rápido cambio tecnológico y la dinámica comercial.

Adicionalmente, puede entenderse en términos de efectividad y coherencia que se haya optado por dejar la intervención jerárquica para aspectos que pueden generar más dificultad, en la medida que es comprensible que aspectos tales como la determinación de la compensación económica por la interconexión o las situaciones de incumplimiento de las condiciones pactadas puedan no resolverse por acuerdo de las partes. Este razonamiento aplica con mayor razón para casos de incumplimientos de las disposiciones de los mandatos de interconexión. En estos casos, es consistente con el marco regulatorio general que el OSIPTEL tome cartas en el asunto e intervenga directamente a través de mecanismos de control jerárquico.

De este modo, ver el sistema jurídico desde la óptica regulatoria permite analizarlo conceptualmente y también medir si regula determinada institución o situación jurídica de modo efectivo, si se acomoda y responde a los valores y normas que definen el desempeño de los agentes involucrados, y si es consistente con las demás disposiciones del marco jurídico.

Así, la óptica regulatoria es una herramienta de análisis aplicado tanto para el diseño de marcos normativos como para la evaluación de su impacto ex post con miras a su perfeccionamiento o modificación.

3. Combinación de sistemas de control en la regulación del derecho de propiedad

Considerando lo anterior, a continuación se explican desde la óptica regulatoria varias de las manifestaciones de una institución típica del derecho privado, como es el derecho

²³ Se ha utilizado este término para representar la idea que en la terminología inglesa se expresa a través de la palabra *responsiveness* o *responsive*, dado que no hay una traducción exacta y completa de ella.

de propiedad, identificando los sistemas de control que se han desplegado para llevar a cabo las tres funciones de un sistema regulatorio.

3.1. Control de mercado y jerárquico en la regulación de la propiedad privada

En el ámbito del derecho de propiedad (exclusiva para distinguirla de la propiedad horizontal que me comenta más adelante) existe una marcada preferencia por el sistema de control de mercado.

Al respecto, la Constitución señala que el derecho a la propiedad, incluso sobre creaciones intelectuales, es inherente a toda persona; igualmente señala que es un derecho inviolable cuyo ejercicio es garantizado por el Estado, en tanto sea en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.²⁴ Este reconocimiento deja amplio margen para la acción de los particulares como actores principales del sistema regulatorio a través de mecanismos de control de mercado.

Sin perjuicio de ello, la Constitución también establece, bajo la forma de control jerárquico, algunas circunstancias en que el derecho de propiedad puede ser restringido y/o está limitado por decisión estatal, pero siempre con carácter excepcional y temporal, o para un grupo muy acotado de agentes. Estos casos son la expropiación de la propiedad que solo se produce por razones de seguridad nacional o necesidad pública declaradas por ley,²⁵ o la prohibición de propiedad de extranjeros en zona de frontera, que se circunscribe a una franja de 50 kilómetros y para cierto tipo de bienes (aguas, combustibles, fuentes de energía, bosques, minas y tierras).²⁶ Finalmente, la Constitución también contempla que se pueden establecer restricciones y prohibiciones a la adquisición y transferencia de propiedad mediante ley, es decir, a través de control jerárquico, pero con carácter temporal y solo por razón de seguridad nacional.²⁷ Así, el espacio para la intervención del estado con medidas de control jerárquico queda acotado solo a ciertos ámbitos.

El Código Civil define las amplias potestades que tienen los titulares del derecho de propiedad,²⁸ incluyendo, claro está, la plena capacidad de establecer, directamente sin

²⁴ Constitución Política

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto [...].

16. A la propiedad y a la herencia.

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley [...].

²⁵ Artículo 70.- [...] A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

²⁶ Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley".

²⁷ Artículo 72.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

²⁸ Código Civil

intervención jerárquica del estado, las reglas aplicables a las transacciones y figuras jurídicas mediante las cuales se regula ese derecho, principalmente a través de contratos típicos como el de compraventa.²⁹ Esas mismas normas reconocen que la obligatoriedad de las reglas contenidas en los contratos es producto del consentimiento otorgado por las partes, con lo cual estas son las que definen las reglas aplicables.³⁰ Estas reglas definidas mediante un sistema de control por el mercado, tienen primacía sobre las disposiciones en materia de contratos contempladas en la ley (control jerárquico), salvo que se trate de disposiciones imperativas,³¹ lo cual es excepcional.

Así, por ejemplo, se contemplan disposiciones imperativas para los casos de transferencia de la propiedad sobre un mismo bien a varios acreedores.³² Esto es comprensible porque en tales casos las reglas establecidas a través de los contratos, es decir, por control de mercado, resultan insuficientes o ineficaces para lograr un resultado aceptable de asignación de titularidad entre los varios acreedores, haciéndose necesaria una regla de asignación impuesta jerárquicamente. Sin embargo, también es claro que estos supuestos no lo común en el tráfico mercantil.

En cuanto al control de desvíos, el sistema regulatorio del derecho de propiedad suele basarse en mecanismos de control jerárquico que permitan la solución de controversias

Artículo 923.-Noción de propiedad. La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

²⁹ Código Civil

Artículo 1351.- Noción de contrato. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Artículo 1354.- Libertad contractual. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1529.- Definición. Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero.

³⁰ Código Civil

Artículo 1353.- Régimen legal de los contratos. Régimen legal de los contratos. Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Artículo 1352.- Perfección de contratos. Perfección de contratos. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Artículo 1361.- Obligtoriedad de los contratos. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

³¹ Código Civil

Artículo 1356.- Primacía de la voluntad de contratantes. Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

Artículo 1558.- Tiempo, forma y lugar del pago del precio. El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactado. A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador.

³² Código Civil

Artículo 1135.- Concurrencia de acreedores de bien inmueble. Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Artículo 1136.- Concurrencia de acreedores de bien mueble. Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

por incumplimiento de las reglas pactadas, ya sea por la vía judicial o la vía arbitral. Sin perjuicio de ello, en ambas vías se reconoce también la posibilidad de soluciones por control de mercado a través de la transacción fuera del proceso o también de la etapa de trato directo que precede a la instalación del tribunal arbitral.

Lo anterior corrobora la preferencia del sistema regulatorio del derecho de propiedad por los mecanismos del control de mercado y solo excepcionalmente por los de control jerárquico.

3.2. Control jerárquico, comunitario y de mercado en la regulación de la propiedad horizontal

Según el Código Civil, la propiedad horizontal se encuentra sujeta a normas legales especiales.³³ La legislación de la materia impone de modo jerárquico que los edificios de departamentos que pertenezcan a distintos propietarios se encuentran obligatoriamente sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.³⁴ La norma legal también manda que dichos edificios cuenten con un reglamento interno, el cual contiene las reglas para la administración del edificio y el funcionamiento de la junta de propietarios, debiendo contemplar las responsabilidades y atribuciones que se le confiere, así como los quóruns, votaciones y mayorías requeridas para sus acuerdos.³⁵

Lo interesante es que las normas legales sobre la materia señalan que el reglamento puede ser aprobado por los propietarios, con lo cual se otorga capacidades para establecer las reglas aplicables a los sujetos que a su vez se registrarán por dichas reglas.³⁶ Adicionalmente, las normas legales de la materia señalan que la junta de propietarios cuenta con importantes atribuciones, como elegir a quién administrará el edificio o acordar la transferencia de los bienes de propiedad común.³⁷

³³ El artículo 958 del Código Civil señala: "Régimen de la propiedad horizontal. La propiedad horizontal se rige por la legislación de la materia".

³⁴ Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fabrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común

Título III

Del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común

Artículo 37.- De la definición. Los edificios de departamentos; quintas; casas en copropiedad; centros y galerías comerciales o campos feriales; y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, cuando pertenezcan a propietarios distintos, están sujetos al régimen al que se refiere el presente Título.

Reglamento de la Ley 27157, aprobado mediante Decreto Supremo 035-2006-Vivienda

³⁵ Artículo 125.- Objeto y Alcances. La presente sección norma el régimen legal al que deberán someterse las unidades inmobiliarias en las que coexistan secciones de propiedad exclusiva y bienes y/o servicios comunes. Su aplicación es obligatoria cuando las secciones que la conforman pertenezcan a dos o más propietarios y optativa cuando pertenezcan a uno solo.

Artículo 128.- Concepto. El régimen de Independización y Copropiedad supone la existencia de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva susceptibles de ser independizadas y bienes de uso común, sujetas al régimen de copropiedad regulado en el Código Civil. Las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva comprenden necesariamente el terreno que ocupa cada una. Solo se puede optar por este régimen en el caso de las unidades inmobiliarias mencionadas en los incisos b, c, d y e del artículo 126 de este Reglamento [es decir no aplica al literal a que incluye edificios de departamentos de uso residencial, comercial, industrial o mixto], [...].

Artículos 39 y 42 de la Ley 27157; así como artículo 153 de su reglamento.

³⁶ Artículo 39 de la Ley 27157: Las edificaciones a que se refiere el artículo 37 de la presente ley deben contar necesariamente con un reglamento interno elaborado o aprobado por el promotor o constructor o, en su caso, por los propietarios con el voto favorable de más del 50% (cincuenta por ciento) de los porcentajes de participación.

³⁷ Artículo 43 de la Ley 27157.- De la transferencia de bienes de propiedad común. La transferencia de bienes de propiedad común debe aprobarse por los dos tercios de los votos de la Junta de Propietarios. [...].

De este modo, gran parte de la actividad de definición de reglas aplicables a la propiedad horizontal es llevada a cabo a través de un sistema de control comunitario. Sin perjuicio de ello, la norma legal define quiénes deben considerarse propietarios hábiles para ejercer sus derechos en la junta, así como las mayorías calificadas requeridas para adoptar algunos acuerdos trascendentales para el edificio.³⁸

La supervisión del cumplimiento de las reglas se basa en un sistema de control comunitario, pues se sustenta en la supervisión entre los propietarios (monitoreo inter pares), la que se delega a la administración del edificio pero que siempre responde a la junta de propietarios.³⁹ En cuanto al sistema de control de desvíos (incumplimiento del reglamento interno y de acuerdos de la junta de propietarios, como por ejemplo del pago de cuotas) se utilizan mecanismos de control de mercado, en particular mediante conciliación extrajudicial (que se prevé como etapa obligatoria en la norma legal de la materia), y de control jerárquico a través de procesos de naturaleza administrativa, judicial o arbitral.⁴⁰

Con ello, se verifica la combinación de control jerárquico y comunitario en el establecimiento de las reglas de este sistema regulatorio. De otro lado, la supervisión del cumplimiento y el mecanismo de control de desvíos recurren al control comunitario, de mercado y jerárquico.

3.3. Control jerárquico en la regulación de la expropiación de la propiedad

A diferencia de los dos ámbitos del derecho de la propiedad antes comentados, en el caso de la expropiación, es notoria la preferencia por los mecanismos de control jerárquico. Esto no es de extrañar debido a que la expropiación es, por su propia naturaleza, un acto impuesto contra la voluntad del propietario, validado mediante el justiprecio y justificado por el bien común.⁴¹ El sistema regulatorio de la expropiación se encuentra definido en normas especiales,⁴² las que demuestran un uso recurrente de mecanismos de control jerárquico.

En los casos de expropiación el establecimiento de reglas no se da a través del arreglo entre las partes involucradas, que es obvio porque en esta figura jurídica ocurre una

Cualquier transferencia realizada sin contar con la votación antes dispuesta es nula de pleno derecho.

Reglamento de la Ley 27157, aprobado mediante Decreto Supremo 035-2006-Vivienda

Artículo 148.- Acuerdos por mayoría calificada. Salvo disposición distinta del reglamento interno, se considera mayoría calificada al voto conforme de cuando menos los propietarios de secciones de propiedad exclusiva que representen los dos tercios de las participaciones de los bienes comunes, incluyendo los porcentajes de quienes renunciaron a la junta. Cuando se trate de decisiones de venta, gravamen, cesión en uso o afectación permanente de los bienes, áreas o servicios comunes, solo podrán votar los propietarios hábiles de las secciones o sus representantes en nombre de ellos, aun cuando no integren la Junta de Propietarios.

Artículo 151.- El Administrador General. Toda edificación sujeta al presente reglamento, deberá contar con un Administrador General, quien velará por el adecuado funcionamiento y conservación de los bienes y servicios comunes. La designación será efectuada por la Junta de Propietarios y podrá recaer en: [...].

³⁸ Artículos 43 y 49 de la Ley 2715743 y artículos 143 y 148 de su reglamento.

³⁹ Artículo 152 del Reglamento de la Ley 27157.

⁴⁰ Artículo 156 del Reglamento de la Ley 27157.

⁴¹ Al respecto, la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 70.- [...] A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

⁴² Código Civil

Artículo 928.- Régimen legal de la expropiación. La expropiación se rige por la legislación de la materia.

transferencia forzada de la propiedad por lo cual su dueño no tiene incentivo alguno a definir las reglas de la transacción. Debido al tipo de intromisión que se produce en el derecho de propiedad, el sistema regulatorio contempla que las razones que sustentan la expropiación, así como el uso que se le dará a los bienes expropiados, serán establecidas mediante ley del Congreso, con lo cual se busca dar cierta razonabilidad a la decisión que viene impuesta jerárquicamente.⁴³

De igual modo, siendo que las condiciones de la transferencia no provienen de reglas definidas por control de mercado, también se cuida de señalar como regla que el precio a pagar se basa en la tasación comercial del bien realizada por una entidad autónoma,⁴⁴ lo cual debería asemejar la valorización que podría haber dado el propietario al bien de haber querido venderlo. En esta misma línea, también se contempla que si hubiera oposición del propietario al valor comercial en que se tasa al bien, es una autoridad independiente la que decide al respecto.⁴⁵

Igualmente, el marco legal define el valor de la compensación por daños y perjuicios que pudiera causarse al propietario con la expropiación, el plazo en que debe pagarse si es que este se encuentra conforme con ese valor, o el proceso que debe seguirse en caso haya desacuerdo con este.⁴⁶

Como se observa, la expropiación hace uso de instrumentos de control jerárquico, lo cual, dadas las circunstancias en que ocurre la expropiación, parecen ser los más eficaces y coherentes con la institución jurídica de que se trata.

⁴³ Ley 27117, Ley General de Expropiaciones

Artículo 4.- De las causales. En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.

⁴⁴ Ley 27117, Ley General de Expropiaciones

Artículo 16.- De la tasación. El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - Conata.

⁴⁵ Ley 27117, Ley General de Expropiaciones

Artículo 17.- De la compensación. En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo esta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral [...].

⁴⁶ Artículo 15.- De la indemnización justipreciada

15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.

Artículo 9.- Del trato directo

9.1 [...] el sujeto activo de la expropiación formulará al sujeto pasivo, mediante carta notarial, una oferta igual al monto del valor comercial actualizado del inmueble a expropiarse más un porcentaje equivalente al 5% (cinco por ciento) de dicho valor por concepto de indemnización justipreciada.

9.2 El sujeto pasivo, podrá, en un plazo de 15 (quince) días útiles de recibida la comunicación de la oferta, presentar al sujeto activo una aceptación a la oferta, sin plazo ni condición. [...] El plazo para que el sujeto activo de la expropiación cancele el íntegro de su oferta es de 45 (cuarenta y cinco) días contados a partir de la fecha de recibida la carta notarial que contiene la aceptación de la oferta [...].

9.3 Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo el sujeto pasivo deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere, de acuerdo al Artículo 70 de la Constitución, en el plazo de 20 (veinte) días contados desde la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente.

9.4 En el mismo plazo el sujeto pasivo podrá comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral; de no hacerlo, el sujeto activo acude a la vía judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

Los ejemplos que se han venido analizando muestran que dependiendo de la modalidad del derecho de propiedad o de la materia que se requiere normar, se pueden elegir y de hecho se eligen distintos sistemas regulatorios que combinan elementos de control jerárquico, de mercado y comunitarios.

La combinación más precisa en cada caso depende de qué tan efectivo es el tipo de control según el derecho involucrado, por ejemplo, la propiedad exclusiva puede ser bien regulada a través de reglas definidas por el control de mercado, mientras que la expropiación amerita instrumentos de control jerárquico. La combinación también depende de que los tipos de control se adapten y respondan mejor a las circunstancias en que deben ser aplicados (sensitividad), por ejemplo, las fórmulas de control comunitario parecen ser más acordes a las necesidades de la propiedad horizontal. De manera similar, dicha combinación depende de la consistencia del mecanismo de control con la modalidad de derecho de propiedad o la institución jurídica que se pretende regular, por ejemplo, resulta evidente que los instrumentos de control de mercado no resultarían coherentes con una forma de enajenación forzada como la expropiación.

4. La regulación de la transferencia de propiedad inmueble

En esta sección se describe la normativa peruana aplicable a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles, para caracterizarla como un sistema regulatorio que cumple las funciones de establecer reglas supervisar su cumplimiento y controlar los desvíos, y luego evaluar su efectividad, sensitividad y coherencia.

La norma peruana básica en esta materia establece que la propiedad inmueble se transfiere con el solo acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador. En particular, el Código Civil establece lo siguiente: “Artículo 949.- Transferencia de propiedad de bien inmueble. La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Así, el acuerdo de voluntades es suficiente para que se considere concretada la transferencia del inmueble, sin que se requiera acto adicional alguno del acreedor o vendedor. Sin embargo, el tema se torna complejo al revisar las reglas adicionales que se prevé para situaciones específicas, como la venta del mismo inmueble a múltiples acreedores o la situación del adquirente de buena fe que compra de quien aparece en el registro como titular a pesar de no serlo:

Artículo 1135.- Concurrencia de acreedores de bien inmueble. Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Artículo 2014.- Principio de Buena Fe Registral. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Artículo 2022.- Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos. Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

En primer lugar, las reglas en estos artículos pueden caracterizarse como una combinación de instrumentos de control de mercado (el artículo 949 somete la transferencia del inmueble al acuerdo de voluntades) y de control jerárquico (los artículos 1135, 2014 y 2022 disponen que en ciertos casos la transferencia se determine en función del registro del derecho). En segundo lugar, la supervisión del cumplimiento de las reglas está en manos de las partes involucradas en la transferencia, es decir se despliega a través de mecanismos de mercado, y también en manos de la autoridad registral para los casos específicos en que la transferencia se define según el registro, es decir, se manifiesta a través del control jerárquico. En tercer lugar, el control de desvíos se realiza a través de los mecanismos de solución de controversias que hayan planteado las partes involucradas en cada transacción de transferencia, siendo principalmente la decisión por el poder judicial o mediante arbitraje, o por cualquiera de estas dos.

Lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil parecería, en principio, razonable, porque establece una regla que privilegia el acuerdo de voluntades como hecho generador de la transferencia, lo cual sintoniza con la tendencia a preferir los mecanismos de control de mercado para la regulación del derecho de propiedad. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta regla tiene su antecedente en el Código Civil de 1936 e incluso antes que se aprobara este Código ya se planteaba una seria crítica contra la efectividad de esta forma de regular la transferencia de propiedad inmueble, en los siguientes términos:

El principio de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento no es sino el fruto de un error sobre la naturaleza del derecho real y de la relación obligatoria. Los derechos personales o de crédito son los que se tienen contra una o varias personas determinadas. Respecto a ellos cabe decir que la voluntad de las partes contratantes basta para crear el vínculo jurídico. Pero los derechos reales son de otra naturaleza. A ellos corresponde una obligación negativa que pesa sobre todos: la obligación de respetarlos, de abstenerse de turbar su ejercicio. Y es evidente que una obligación de esta índole no puede razonablemente, derivar su existencia de un hecho relativo a dos personas determinadas e ignorado de los terceros. La distinción entre los contrayentes y los terceros desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad contradice asimismo la naturaleza del derecho real. Este, por definición, es un sistema absoluto, que puede hacerse valer contra todos. Un derecho real que no pueda oponerse a los terceros, un derecho real relativo, constituye, por tanto, un contrasentido.⁴⁷

En la misma línea de razonamiento, Bullard considera que lo previsto en el artículo 949 del Código Civil de 1984 es un contrasentido porque lo que caracteriza al derecho real de propiedad es que otorga a su titular el poder para usar, disfrutar, disponer y reivindi-

⁴⁷ Memorando enviado por Oliveira a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, leído en la sesión del 19 de agosto de 1925. Cfr. Gálvez Herrera, Ciro (1980), citado por Bullard, Alfredo (1990). La relación jurídica patrimonial: reales vs. Obligaciones. Lima, p. 288.

car un bien frente a terceros, es decir, la capacidad de oponer ese derecho erga omnes. Para que esta oponibilidad se haga efectiva, el derecho debe respaldarse en un signo de reconocibilidad como el registro. Por ello, dicho autor señala que la normativa sobre la transferencia de propiedad inmueble del Código Civil de 1984 es “desconcertante”, ya que la transferencia es producto de un simple acuerdo de voluntades, ofreciendo solamente un grado de oponibilidad relativo al carecer de un mecanismo de reconocibilidad efectivo.⁴⁸

Estas críticas ponen de manifiesto que al recurrir a un mecanismo de control de mercado para definir la principal regla sobre la transferencia de inmuebles este sistema regulatorio no es efectivo, pues no ofrece los medios requeridos para hacer valer la transferencia de un derecho real de propiedad frente a terceros. Adicionalmente, la regla general de transferencia de propiedad inmueble tampoco es sensitiva para responder y adaptarse suficientemente a las normas y valores que influyen y definen el desempeño de los agentes que pueden verse involucrados en diversas transacciones de compraventa de inmuebles.

De otro lado, el artículo 1135 del Código Civil se opone al artículo 949, pues señala que en el caso de sucesivas ventas del mismo inmueble a distintos acreedores no basta el acuerdo de voluntades para que se produzca la transferencia, sino que solo se considera realizada para aquel acuerdo de voluntades que haya sido inscrito primero en el registro.

Por ello, Avendaño afirma que el sistema peruano en materia de transferencia de propiedad inmobiliaria “es doble y confuso”. Este autor señala que en la transferencia de bienes inmuebles no existe distinción entre el título (es decir, el acuerdo de voluntades o contrato que es la causa de la enajenación del dominio) y el modo (que es hecho determinante que produce la traslación de la propiedad al acreedor), pues el artículo 949 señala que basta el título para que se produzca la transferencia. Sin embargo, cuando hay varios acreedores el registro resulta el modo que da lugar a la transferencia de la propiedad, porque se prefiere al acreedor que registró su título primero, pese a que haya norma expresa que señala que el solo consenso produce la transferencia. En este contexto caben las siguientes preguntas: ¿qué derecho podría transmitir el enajenante en la segunda venta del mismo inmueble si con la primera venta ya agotó su derecho?, ¿cómo puede ser propietario el segundo adquirente que inscribió la compra antes, si el solo consenso ya habría hecho propietario al primer adquirente?⁴⁹

Estas interrogantes ponen de manifiesto que el sistema regulatorio de transferencia de la propiedad inmueble tampoco guarda coherencia interna. Esta falta de consistencia se hace más notoria si se consideran también las disposiciones del Código Civil que establecen que la inscripción en el registro es elemento determinante para validar la adquisición de buena fe de quien aparece en el registro como facultado para enajenar el inmueble (artículo 2014) o para dar primacía a quien haya inscrito su derecho real

⁴⁸ Bullard, 1990: 282, 283 y 288.

⁴⁹ Avendaño, Jorge (2001). “Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad”. En Cantuarias, Fenando (editor). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima, pp. 169-172. El autor señala en contraposición que “[...] el sistema del título y el modo funciona claramente tratándose de los bienes muebles. Así resulta del artículo 947 del Código Civil, según el cual la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor. Esta frase final, ‘a su acreedor’, alude indudablemente a la existencia de un título previo o contemporáneo a la entrega, es decir, un acuerdo de voluntades, ya que solo así puede concebirse la existencia de un acreedor”.

sobre inmueble frente a otros titulares de derechos reales sobre el mismo bien (artículo 2022). En ambos casos, el registro adquiere notoria relevancia como acto que determina la transferencia de la propiedad, en vez del acuerdo de voluntades.

Sin perjuicio de la inconsistencia que existe, debe tenerse en cuenta que los artículos 1135, 2014 y 2022 son instrumentos de control jerárquico, lo que es indicativo de que el sistema regulatorio requería otro tipo de mecanismos, distintos a los de control de mercado, para proteger adecuadamente los derechos del adquirente. Esta combinación de mecanismos de control se implementa para afrontar las limitaciones de la regla basada en el control de mercado que solo ofrece oponibilidad relativa y no erga omnes, lo cual debilita el carácter real del derecho de propiedad. Visto de este modo, el sistema regulatorio de transferencia de la propiedad inmueble puede considerarse efectivo, en la medida que contiene otras reglas que permiten mitigar la incertidumbre creada por la regla general de transferencia de los inmuebles.

Al respecto, Bullard señala que el artículo 949 es incongruente con el requisito de oponibilidad absoluta de un derecho real, por lo que es necesario considerar que las otras disposiciones del Código Civil relacionadas con la transferencia de inmuebles, al contemplar que la transferencia de los bienes inmuebles se produce con el registro, corrigen la disfuncionalidad creada por el referido artículo. Pero no solo eso, este autor también plantea que producto de lo anterior, lo que dispone el artículo 949 se vuelve irrelevante, porque los agentes racionales considerarán que solo con el registro serán propietarios efectivos del inmueble:

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para la transferencia de la propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente. [...] A nuestro entender, las normas citadas [se refiere a los artículos 1135, 2014, 2022] buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta con la transferencia de propiedad. Este signo es, tratándose de bienes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el 949 se refería a una 'propiedad relativa', pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera, el fin del viaje.⁵⁰

Esta posición resulta interesante desde la perspectiva regulatoria, pues indica que las reglas especiales del sistema regulatorio de transferencia de propiedad inmueble han logrado implantar como regla general la necesidad del registro del derecho, aun cuando el artículo 949 señale lo contrario. De este modo, desde la perspectiva regulatoria puede

⁵⁰ Bullard, Alfredo (2003). *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, pp. 156-157.

considerarse que el sistema ha sido sensitivo y se ha adaptado a las normas y valores que influyen en el desempeño de los agentes involucrados.

Un tema vinculado con la funcionalidad del sistema regulatorio de transferencia de inmuebles es que, de no existir esas otras reglas en el Código Civil que nacen del control jerárquico, la función de supervisión del cumplimiento de la regla basada solo en el arreglo contractual se volvería inmanejable. No obstante, el que esas reglas contribuyan a una mejor supervisión no descarta que igual resulte complejo realizar esta función, dada la contradicción entre las reglas que ya se ha comentado; de igual modo, tampoco descarta que existan controversias por derechos reales y de crédito contrapuestos.

Al respecto, Arruñada explica que los derechos reales son ejercitables sobre el propio bien (*iura in rem*) y por ello son oponibles *erga omnes*, permaneciendo “inalterados aunque se produzcan transacciones o transformaciones que afecten a los demás derechos que puedan existir sobre el misma [sic] bien”. En contraste, los derechos obligacionales o de crédito solo son oponibles *inter partes*.⁵¹ Sin perjuicio de las ventajas del derecho real, este autor afirma que hacerlo efectivo es más costoso, porque requiere el consentimiento de quienes pudieran tener también derechos reales sobre el bien en cuestión:

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 aquella, a fin 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. [...] 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.⁵²

Si se pasa revista nuevamente a las disposiciones del Código Civil antes citadas, considerando lo antes expuesto, se podría interpretar que el artículo 949 produce una mezcla

⁵¹ Arruñada, Benito (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid, p. 65. Sobre esta diferencia el autor plantea el siguiente ejemplo: “[...] consideremos el caso del arrendamiento de inmuebles, un derecho que en muchos sistemas jurídicos las partes pueden estructurar libremente como derecho real o de crédito, y supongamos que el inmueble arrendado se vende durante la vigencia del arrendamiento. Si las partes estructuran el arrendamiento como derecho de crédito, el arrendatario pierde, como consecuencia de la venta, el derecho de ocupación, y solo obtiene a cambio un derecho de crédito frente al arrendador. Sin embargo, si el arrendamiento es un derecho real, el arrendatario mantiene el derecho de ocupación. Es entonces el comprador del inmueble quien ostenta un derecho de crédito frente al vendedor, en caso de que la venta se hubiera efectuado ‘libre de arrendamientos’. El comprador o lo se subroga en la posición del vendedor y no existe ningún cambio en el arrendamiento, que se ha transmitido del vendedor al comprador junto con el inmueble, subsistiendo intacto tras la venta”.

⁵² Arruñada, 2004: 68-69.

de derechos de crédito y reales a favor del adquirente, dependiendo de que hayan o no otros derechos reales sobre el bien enajenado, lo cual dependerá en gran medida de que hayan sido registrados antes. Si preexisten estos derechos reales, el artículo 949 debería ceder ante lo dispuesto en los artículos 1135, 2014 o 2022 del Código Civil, según corresponda, pues en aplicación de estas disposiciones el titular de la propiedad resultaría siendo otro y el adquirente quedaría únicamente con un derecho de crédito. Desde esta perspectiva, la inscripción de la transferencia en el registro se constituirá en el medio idóneo para obtener el consentimiento de terceros al que se refiere Arruñada, constituyéndose así en un medio más robusto que el consentimiento inter partes para determinar la transferencia de la propiedad. Evidentemente, la supervisión del cumplimiento será más efectiva si puede respaldarse en un mecanismo que permita la publicidad de los derechos, como el registro, ya que ofrece sin duda una efectividad superior que el sistema basado en el solo acuerdo de voluntades.⁵³

Sin embargo, corresponde insistir en que aún con esta interpretación, no se eliminan los eventuales problemas que pueden surgir en la supervisión del cumplimiento de las reglas del sistema regulatorio de transferencia de la propiedad inmueble, ni en el control de desvíos, dada la incongruencia que presenta el sistema regulatorio.

5. A manera de conclusión

Lo dicho sobre las normas relativas a la transferencia de la propiedad inmueble demuestra cómo funciona y las ventajas de considerar las instituciones jurídicas desde la visión regulatoria.

La perspectiva regulatoria no pretende anular o impedir el uso de los conceptos propios del derecho civil, del análisis económico del derecho, o de otras ramas del derecho, sino más bien valerse de ellos (piénsese en la discusión sobre el título y el modo, los derechos reales y de crédito, la oponibilidad inter partes o erga omnes, etc.), para explicar mejor las funciones del sistema de control y evaluar su efectividad, sensibilidad y coherencia.

Luego de pasar revista a diversas disposiciones del derecho de propiedad no solo se ha mostrado que pueden ser plenamente caracterizadas como sistemas regulatorios, identificándose las tres funciones típicas de estos, sino que también se ha visto cómo la óptica regulatoria permite analizar el desempeño y las inconsistencias de materias tan específicas como las normas que rigen la transferencia de bienes inmuebles.

⁵³ Sobre este particular, es interesante lo que señala Arruñada: “[...] la mayoría, si no la totalidad, de los sistemas jurídicos modernos han optado por limitar la libertad contractual en términos que se apartan sustancialmente de los estándares aplicados en otras ramas del derecho. En esencia, la limitación consiste en que se induce o se exige la publicidad de los contratos o de los derechos, como requisito previo para que alcancen efectos reales. En consecuencia, si los titulares de derechos los mantienen ocultos, pierden o se arriesgan a perder efectos reales. Los contratos privados pueden crear obligaciones entre las partes, pero no obligan a terceros, esto es, a los restantes titulares de derechos sobre la misma cosa y, en especial, a los potenciales compradores y acreedores futuros. La publicidad permite así averiguar qué derechos reales existen e identificar cuáles se ven afectados por la transacción, de modo que se hace posible obtener el consentimiento ex ante, purgando en su caso posibles titularidades contradictorias; todo lo cual reduce las asimetrías de información entre las partes”. Arruñada, 2004: 85.