

UN MUNDO SIN PROPIEDAD
(Análisis del Sistema de Transferencia
de la Propiedad Inmueble)

Alfredo Bullard G.

Al Dr. Jorge Avendaño V., con aprecio y admiración

1. *¿Por qué algunos deben excluir a los otros?*

En Africa, en las regiones del sur del Sahara viene desarrollándose una tragedia de dimensiones colosales. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado amenazando, en palabras del ex-Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, "... con borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos", trayendo hambre y desolación. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Pero esto no siempre fue así. Durante el Imperio Romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. No existen variaciones climáticas que puedan explicar la desertización producida desde la época romana (1).

Este cambio es atribuido por Burton a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. En la actualidad, como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes. La consecuencia final es el avance imparable del desierto. Por el contrario, durante la invasión romana existió un régimen de propiedad privada donde cada titular podía excluir a los demás del uso de la porción de tierra que se le asignaba.

(1) BURTON, John, en el prólogo de *El Mito del Costo Social*, Steven Cheung. Unión Editorial. Madrid, 1990.

Así, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba que el sobrepastoreo convirtiera su tierra en inservible (2).

¿A qué atribuir los diferentes efectos entre la propiedad común y la propiedad privada? Para ello es preciso recurrir a un concepto económico: la externalidad.

¿Qué son las externalidades? Algunos las llaman "efectos no contratados". En toda actividad humana hay ciertos costos y beneficios que son directamente asumidos por el agente del comportamiento específico. Así, cuando un agricultor cultiva la tierra recibe a cambio el beneficio de la venta de la producción que obtiene. Cuando alguien sale de cacería y por el mal manejo de su arma sufre él mismo un accidente, recibe los costos de su acción. Pero no todo costo o beneficio es asumido directamente por el agente de un comportamiento. Imaginemos una fábrica de caucho que produce llantas y que por ello contamina el ambiente ocasionando daños directos a sus vecinos. Este costo generado no es asumido por el propio agente sino por quienes sufren los daños derivados de la contaminación. Por otra parte podría suceder que un agricultor construya un canal para desviar un río, para irrigar sus tierras, y que el agua obtenida beneficie también a sus vecinos, que no han hecho ninguna inversión para ello. Estos costos y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son lo que llamamos externalidades.

No cabe duda que la interacción de la vida social hace que a cada paso nos encontremos con externalidades: mirar una mujer bonita, perder tiempo porque el carro que va delante nuestro se detiene a recoger pasajeros, el ruido que ocasiona un avión supersónico, un accidente de tránsito, el perder una función de cine porque los revendedores se nos adelantaron en comprar las entradas, etc. Casi cualquier cosa que hagamos genera beneficios y costos para terceros.

En ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes. Así, las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado.

(2) *Ibid, loc.cit.*

Pongamos el ejemplo de quien contamina con humos el ambiente para poder producir llantas. Este agente recibe un beneficio de su acción, que difiere del costo que su acción genera. Al no asumir los daños que la contaminación ocasiona a terceros habrá una tendencia a producir más llantas. Podría llegarse al caso de que el valor del daño supere el valor del beneficio que se obtiene. Imaginemos que por cada llanta producida, la fábrica recibe I/. 100,000 en beneficios pero genera I/. 150,000 en daños. Lo deseable es que no se produzcan llantas, pues cada una determina una pérdida social de I/. 50,000. Sin embargo, como el productor no asume las pérdidas producirá de todos modos las llantas sin importarle que éstas tengan un efecto social negativo al hacer el balance final. Esto es, a todas luces, ineficiente.

Como puede el lector imaginar, el Derecho puede resolver este problema. Para ello bastaría hacer responsable al productor de los daños que ocasiona. Si este último recibe beneficios por I/. 100,000 pero se ve obligado a pagar indemnizaciones por I/. 150,000, lo que antes era costo social se convierte también en costo privado. Entonces el productor sufrirá pérdidas por I/. 50,000 por cada llanta que produzca. Ello lo llevará a tomar las medidas necesarias para que los daños no se produzcan (colocará, por ejemplo, un filtro en la chimenea, que reduzca el impacto dañino de los humos), o simplemente dejará de producir las llantas.

El proceso que hemos descrito es conocido como la internalización de externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente. Regresemos al Sahara. Uno de los efectos de la propiedad común es, precisamente, el de no permitir internalizar ciertas externalidades. Esto puede ser visto desde dos perspectivas.

La primera ha sido graficada por Garret Hardin, en un trabajo titulado: *The Tragedy of the Commons*, (*La Tragedia de lo Común*). Nos pone el caso de una llanura abierta al uso de todos (es decir, sin propietario, o de propiedad de todos, que para estos efectos es lo mismo). Así, cada pastor tratará de traer a la llanura todo el ganado posible. Esto no generará problemas mientras las dimensiones de la

llanura soporten todas las necesidades del nuevo ganado. Pero conforme aparezcan más pastores comenzará a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, que los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos). El pastor tratará de maximizar sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se preguntará cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tendrá un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él se deriven, como carne, leche, cuero, etc.), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite (en un mundo que es por definición limitado). El destino es la ruina (3). Lo que sucede es que al llevar el ganado a pastar, se toma en cuenta el beneficio pero no el costo. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común (como el que existe al sur del Sahara) lleva a que los individuos usen como un bien infinito (los pastos) un bien que es finito, es decir, escaso. Así, el comportamiento no se condice con el nivel de escasez del bien.

La segunda perspectiva (y que, bien vista, no es sino la otra cara de la moneda), es descrita por Richard Posner. En un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor, que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz está listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que él pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad (4). Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad. En este caso el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) en favor de terceros y que él no va a gozar.

(3) HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. En: *Economic Foundations of Property Law*, Bruce Ackerman. Little Brown and Company. Boston and Toronto, 1975. p. 4.

(4) POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company. Boston y Toronto. 3ra. ed. 1986. p. 30.

Son varias las conclusiones que podemos extraer. La propiedad se presenta como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos. Así, por ejemplo, no existe propiedad sobre el aire porque su abundancia no lo justifica. Hay tanto, que en principio su uso no genera ninguna externalidad respecto de terceros. Esto, sin embargo, ha comenzado a cambiar. La contaminación ambiental comienza a tornar en escaso el recurso y comienza a pensarse en la necesidad de regular su uso. Ya en algunas ciudades de Japón existen casetas en las calles, en las que alguien puede "comprar", depositando algunas monedas, unas bocanadas de aire puro. Casos similares son los de la pesca o la caza, cuando la actitud depredatoria pone en riesgo de extinción ciertas especies. En realidad esto es producto de no internalizar los costos de la actividad de pescadores y cazadores, pero sí sus beneficios.

Como bien dice Demsetz, la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes. Así, la aparición de nuevas formas de derechos de propiedad puede ser asumida como la aparición de nuevos efectos beneficiosos o dañinos. Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al costo mismo de la internalización (es decir, el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad) (5). Como hemos dicho, la internalización es necesaria porque crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, el justificativo de todo sistema de propiedad.

El problema del sur del Sahara es que el sistema de propiedad vigente (es decir la propiedad comunal) no incentiva un uso eficiente de los recursos. Al actuar los habitantes de estas zonas, consideran sus beneficios pero no los costos. En términos sencillos, se comportan sin tomar en consideración el nivel de escasez de los recursos que utilizan, derivándose de ello su sobreexplotación.

De lo dicho hasta aquí podría pensarse que la propiedad privada es el sistema más deseable, pero ello no es necesariamente cierto.

(5) DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En *American Economics Review* . No. 57. mayo 1967. p. 347.

Existen sistemas de regulación social que permiten un uso eficiente de los recursos sin basarse, en sentido estricto, en la propiedad privada, por lo menos tal como la conocemos.

Por ejemplo, en las comunidades campesinas, donde gran parte de los recursos están sujetos a un uso común, se consigue un aprovechamiento eficiente de los recursos a través de mecanismos sociales, culturales y hasta familiares, de regulación de conducta. Estos mecanismos internalizan las externalidades, creando sistemas alternativos de sanción (normalmente sociales) que crean los incentivos necesarios para comportarse eficientemente. Sin embargo, este último tema, que resulta de por sí sumamente interesante, no es materia del presente trabajo.

Lo único que buscamos es analizar cuál es la regulación en nuestro sistema de propiedad privada, y cómo éste cumple o no la función de internalización de externalidades que ya hemos señalado.

2. *¿Cómo se debe excluir a los demás?*

De hecho, la existencia de externalidades es una de las preocupaciones principales frente a las que, conciente o inconcientemente, se enfrenta el Derecho y, en concreto, frente a las que se encuentra el legislador. Si las externalidades han sido definidas como los efectos no contratados de la conducta humana, y es la función del Derecho regular dicha conducta, toda decisión legal determina cómo se manifiestan las externalidades y cuáles de ellas son efectivamente internalizadas.

Uno de los errores más comunes radica en el hecho de que cuando el legislador o quien diseña alguna política gubernamental se encuentra frente a una externalidad no deseada entiende que la única forma de resolverla es a través de la intervención estatal directa. Esto, que es cierto en muchas ocasiones, no es cierto siempre. Muchas veces la intervención estatal genera costos mayores que los que genera la propia externalidad que pretende eliminar. En ocasiones una correcta asignación de derechos de propiedad hace innecesaria la intervención estatal, pues internaliza la externalidad a un costo menor. No pretendemos, sin embargo, hacer un estudio valora-

tivo sobre la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Las variables son demasiadas para ser desarrolladas en un trabajo tan simple como éste. Nuestro objetivo es más humilde: ¿es nuestro sistema coherente con la función que la propiedad privada debe desarrollar según su propia concepción? El presente trabajo se limitará, como veremos más adelante, al análisis de este aspecto en el sistema peruano de transferencia de la propiedad inmueble.

Como ya hemos visto, y en concordancia con lo que señalan Furoboth y Pejovich, un punto central es darse cuenta de que los derechos de propiedad no son relaciones entre los hombres y las cosas, sino regulaciones de las relaciones de conducta entre los hombres, que aparecen como consecuencia de la existencia de cosas y del problema de cómo deben ser éstas usadas. Los derechos de propiedad determinan normas de conducta respecto de las cosas que todas y cada una de las personas debe respetar en su interacción con otras personas. De lo contrario, se deberá soportar el costo de su inobservancia. Así, el sistema de propiedad puede ser definido como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos (6).

Torres López señala las tres características esenciales que debe cumplir el sistema de derechos de propiedad para desarrollar la función a la que ha sido llamado:

- a) Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo, el caso del aire):
- b) Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad sólo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

(6) FUROBOTH, Eirik y PEJOVICH, Svetozar. *Property Rights and Economic Theory: a Survey of Recent Literature*. En *Journal of Economics Literature*. Diciembre 1972. Vol. X, N° 4. p. 11.

- c) **Transferibilidad:** se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos (7).

Nos interesa concentrar la atención del lector en las dos últimas características. En lo que concierne a la exclusividad, ésta no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter "erga omnes", es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.

Como señala Demsetz, la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores que el costo mismo de la internalización (8). Como podemos ver, el costo de internalizar es en realidad el costo que impone el desarrollo de un sistema que permite excluir a los demás. En aquellos casos donde el costo de excluir sea superior al beneficio derivado de la propia exclusión no habrá propiedad, pues ésta se tornaría en irracional. Así sucede, a título de ejemplo, en el siguiente caso, enunciado por Burton. Si bien ha sido posible establecer un sistema privado de derechos sobre peces y otros animales marinos en criaderos artificiales, en especies como las ostras, las langostas, los robalos y lenguados (pesca cara y sedentaria), esto ha sido completamente imposible respecto de bancos de peces migratorios (9). Pensar el día de hoy en derechos de propiedad sobre este tipo de especies es una ilusión.

Como contrapartida a lo dicho, tenemos que el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible. Ello convertirá a la oponibilidad en un mecanismo más eficiente.

(7) TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987. p. 49.

(8) DEMSETZ, *op.cit.*, *loc cit.*

(9) BURTON, *op.cit.*, p. 32,

Prueba de lo dicho hasta aquí es que el grado de exclusión de la propiedad determinará que el bien adquiera un mayor valor. Si la propiedad se basara en contratos (es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir a 1,000 personas tiene un bien más valioso que aquél que sólo puede excluir a 100. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquélla que permite excluir a todos los demás.

De la misma manera, también aumenta el valor del derecho de propiedad cuando éste me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Así, un derecho que permita sólo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir de ambos aspectos. Por eso, el derecho de propiedad tiene un valor superior al que tiene un derecho real de uso. En este sentido se pronuncia Pejovich, quien dice que el valor de los bienes depende del contenido de los derechos de propiedad que recaen sobre estos bienes. Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre ésta permite excluir la instalación en el barrio de estaciones de gasolina, plantas químicas, industrias molestas, etc. (10).

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que se derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta, y por lo tanto se torna en menos eficiente. La propiedad tiene que ser conocible por aquéllos que son precisamente los excluidos. Dentro de esta línea, un sistema de publicidad basado, por ejemplo, en un sistema de notificaciones a todos los demás es absurdo, sumamente costoso y por tanto indeseable. Así, surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo

(10) PEJOVICH, Svetozar. *Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property Rights*. En *Review of Social Economics*. Vol. XXX, setiembre 1972. Número 3.

en bienes de fácil identificación y de un valor significativo (como un inmueble por ejemplo). En otro tipo de bienes (como un lapicero o una camisa), pensar en un registro es irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada.

La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.

3. *¿Cómo se transmite la posibilidad de excluir?*

Hemos visto que el "quid" de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos. Aquí entra a tallar aquel carácter del sistema de derechos de propiedad que íbamos a relacionar con la exclusividad: la transferibilidad.

Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de "seguridad jurídica". Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de "compra" de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos).

En términos económicos, la seguridad en el tráfico está íntimamente vinculada con los conceptos que hemos venido desarrollando. La decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. Siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de

decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de mercado), el sistema debe estar orientado a eliminar el azar.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos (por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con un derecho real de garantía o sobre la que recaiga un usufructo y que no permitiría excluir en ciertas circunstancias al acreedor o al usufructuario, respectivamente). Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiriera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias:

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recur-

sos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.

- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propia titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Estas consecuencias de un sistema de transferencia ineficiente generan costos no deseados. Estos costos se ven a su vez maximizados por una característica típica del comportamiento económico de los individuos: la aversión al riesgo. El concepto de aversión al riesgo se contrapone con el de neutralidad al riesgo. Como señala Polinsky, la aversión al riesgo significa que los individuos toman en cuenta no sólo el valor esperado del riesgo sino la magnitud absoluta del mismo. Así, por ejemplo, una persona con aversión al riesgo, a diferencia de una persona neutral al mismo, no va a ser indiferente entre una pérdida cierta de I/. 5'000,000 y el 10% de posibilidades de perder I/. 50'000,000. En este caso quien tiene aversión al riesgo preferirá perder I/. 5'000,000 con certeza, a correrse el riesgo de estar en la situación de perder I/. 50'000,000. Para el neutral al riesgo, esto es totalmente indiferente (11). Esta característica del individuo se refleja claramente en la formación y entrenamiento que recibimos los abogados. En general estamos preparados para comportarnos como si tuviésemos una exagerada aversión al riesgo cuando aconsejamos a un cliente. Por ejemplo, cuando hacemos un estudio de títulos antes

(11) POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown and Company. Boston and Toronto. 6ta. reimpresión, 1983. p. 51.

de una compraventa solemos "asustar" a nuestro cliente, mostrándole las posibles consecuencias de una imperfección en los títulos, por más que la posibilidad que la eventualidad que pueda generar el riesgo se presente, pueda casi ser reducida al absurdo. Incluso, en estas circunstancias muchas veces aconsejamos que no se realice la compra hasta que los títulos no hayan sido saneados. Ello ha hecho que nos ganemos la fama de "trabar" las operaciones de intercambio comercial e inmobiliario.

La aversión determina que el individuo no tome en cuenta la magnitud racional del riesgo, sino que tienda a exagerarlo, deformando los presupuestos de base mediante los cuales se orientan las decisiones económicas. Grafiquemos esto con un ejemplo. "X" es propietario de una casa que es deseada por "A" y "B". "A" es neutral al riesgo y "B" tiene aversión al mismo. "A" valoriza la casa en 90 y "B" en 100. En este sentido lo deseable, por ser lo económicamente eficiente, es que sea "B" el que la compre, pues valoriza el bien más que "A" (y por tanto, se puede presumir que habrá una asignación del recurso a su uso más valioso). Imaginemos ahora que el precio fijado por "X" sea igual a 60. Imaginemos también que no existe un registro público que de certeza a nuestra adquisición, por lo que existe estadísticamente un 30% de posibilidades que la transferencia de propiedad no sea perfecta (porque, por ejemplo, no tenemos cómo saber si "X" le vendió previamente la casa a un tercero). Tanto "A" como "B" van a "castigar" su valorización de la casa si es que se comportan como individuos económicamente racionales. Este "castigo" es producto de la incertidumbre que la adquisición del inmueble genera.

El resultado es que "A" estará dispuesto a pagar como precio 63 ($90 - 27 = 63$, siendo 27 el 30% de la valorización de 90 hecha por "A"). Siendo esta cifra mayor que el precio fijado por "X", habrá acuerdo ("A" estaría ganando 3, es decir $63 - 60 = 3$), y por tanto se concretará la operación de compraventa. El comportamiento de "A" grafica claramente su neutralidad al riesgo: el "castigo" en su valorización refleja la magnitud estadística del riesgo asumido. Pero veamos que pasa con "B". Por efecto de la aversión al riesgo va a castigar el precio en un porcentaje mayor a la magnitud estadística del riesgo. Digamos que sólo estaría dispuesto a comprar el inmueble si el precio resulta siendo inferior a un "castigo" de su valorización en 45%. Los 15

puntos porcentuales adicionales al castigo que hace "A", reflejan el costo de su riesgo, o dicho de otra forma, cuánto estaría dispuesto a recibir por correr un riesgo de 30% de quedarse sin su adquisición. El resultado es que sólo estará dispuesto a pagar 55 ($100-45=55$, siendo 45 el 45% de la valorización de 100 hecha por "B"). Siendo esta cantidad menor al precio fijado por "X" (y a lo que está dispuesto a ofrecer "A"), "B" no comprará el bien, pues esta operación le significaría a "X" una pérdida estimada de 5 ($60-55=5$), a pesar que en términos absolutos pudo ser la solución más eficiente.

Cambiamos ahora uno de los supuestos. Asumamos que existe un sistema registral confiable que nos da un 100% de certeza. La propiedad de "X" aparece inscrita en Registros Públicos, y el sistema legal le garantiza tanto a "A" como a "B" que si compran el inmueble su adquisición será inatacable, es decir, podrán excluir efectivamente a todos los demás. En este supuesto, el hecho que "A" sea neutral al riesgo y "B" tenga aversión al mismo no tiene ningún efecto. Esta situación nos es indiferente. Hay seguridad, desaparece la incertidumbre, y el azar deja de ser un mecanismo de asignación de recursos. La decisión económica se torna completamente racional. Así, será "B" (quien valoriza más la casa) quien finalmente la comprará. Esta solución es la más eficiente, pues lleva a una correcta asignación de los recursos, permitiendo que la propiedad cumpla la función que le corresponde e internalice las externalidades.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

- a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivadas del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Sólo a partir de que el adquirente

recibe la facultad plena de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognocibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la 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 ciertos 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 cognocibilidad 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 dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien), y de un relativo bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognocibilidad (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.

4. *¿Transmite el sistema peruano la facultad de excluir?*

Un mundo en el que nadie puede excluir a nadie es un mundo sin propiedad. Es un mundo plagado de externalidades no internalizadas, y por tanto un mundo económicamente ineficiente y disfuncional. Nuestro Código Civil ha tomado como punto de partida la necesidad de la existencia de derechos de propiedad y, por tanto, ha asumido darle a la propiedad la función descrita hasta este punto. La pregunta que cabe hacerse es si la regulación del Código es coherente con la ideología que lo inspira. Podríamos embarcarnos en una inacabable discusión en torno a la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Para unos, la propiedad privada es la clave en la solución de todos los problemas económicos que la convivencia humana plantea. Para otros, el diseño liberal de propiedad privada tiene una serie de limitaciones para resolver muchos de nuestros problemas, e incluso nos plantea problemas nuevos, pero no dejan de

reconocer que es un sistema que puede tornarse en deseable si es que se toman ciertas medidas correctoras y se es consciente de las limitaciones que tiene. Finalmente, para otro grupo la propiedad privada es la fuente de todos los males de la sociedad moderna. Esta discusión, plagada de determinantes valorativos y no exenta de dogmatismo, es ajena a la intención de este trabajo. Sólo buscamos hacer un análisis de la coherencia (o incoherencia) que tiene nuestro sistema. Este parte de ciertas premisas y asigna ciertas funciones a determinadas instituciones. Pero en el "camino" legislativo estas funciones se disipan en una serie de discusiones "kafkianas", de doctrinas confusas y abstractas, de razonamientos circulares y conceptos sobrenaturales que cobran inusitada vida propia. Nuestro propósito es buscar, de una manera conscientemente superficial, cuánto de coherencia se ha perdido en este tránsito por el "Paraíso de las Ideas Jurídicas" y que se encuentra, como todo paraíso, tan lejos de la realidad.

Nuestro Código Civil habla de la propiedad, dedicándole el Título II del Libro V (artículos 923 a 998), sin perjuicio de otros varios artículos dispersos en otras partes del mismo cuerpo legal. Además existen innumerables disposiciones contenidas en una serie de otras normas (leyes urbanas, reglamento general de construcciones, leyes agrarias, normas sobre propiedad horizontal, etc.). Así, la propiedad atraviesa nuestro sistema y es quizás la columna vertebral del derecho patrimonial privado.

Uno de los puntos más importantes es el que concierne a los bienes inmuebles. Toda actividad humana requiere de un ámbito, de un espacio geográfico donde llevarse a cabo. La vivienda, la producción industrial, la agricultura, la educación, la recreación, etc, requieren de inmuebles y, por tanto, de derechos de propiedad que por medio de la facultad de exclusión permitan a los individuos asignar estos recursos escasos (que son la tierra y las edificaciones) a sus usos más valiosos. Esto nos lleva a aplicar el marco general desarrollado en los puntos anteriores al régimen de transmisión de la propiedad inmueble.

En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

Artículo 949 .- La sola obligación de enajenar un inmueble

determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

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 del 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 excluirlos de la relación. Si el artículo 949 fuese el único referido para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Imaginemos al cliente que acude a un estudio de abogados y le pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario del inmueble que desea comprar. Imaginemos que el abogado se limita a leerle y explicarle el texto del artículo 949. El cliente, confiado en que el simple contrato lo hará propietario, sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el poder judicial le da la razón a la otra parte.

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcio-

namiento del Derecho en la realidad. En el transfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado "propiedad"? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama "propiedad", que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta "propiedad" es una propiedad relativa (lo que en sí mismo es un contrasentido), pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un "adquirente" posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta (y que se grafican claramente en la expresión "esto es mío", lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más) y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código.

No quisiéramos desarrollar aquí toda la controversia surgida alrededor del llamado concurso de acreedores (en particular al alcance del artículo 1135 del Código Civil), ni de la aplicación de las normas registrales pertinentes (en especial los artículos 2014, 2016 y 2022). Sólo quisiéramos dar un panorama general a fin de determinar lo relativo de su aplicación y, por ende, de su eficacia.

A nuestro entender las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta con un signo de cognoscibilidad objetivo que indique con claridad el momento en que la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. 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 una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

Algunos tratan de identificar en el artículo 1135 una relación de preferencias hechas por el legislador para premiar la diligencia. Esta es una verdad a medias. Veamos el texto del artículo 1135:

Artículo 1135.- 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.

Si bien es cierto que el sistema está diseñado para proteger el comportamiento racional del individuo, su función principal es determinar un marco de seguridad jurídica a terceros (potenciales adquirentes), sobre todo en lo que respecta a la protección del primero que inscribe el bien. Así se elimina el riesgo y con ello se facilita la transmisibilidad del derecho a excluir. Gracias a este artículo (y a algunos otros del Código), la transferibilidad le da la mano a la exclusividad (características infaltables para internalizar las externalidades y permitir que la propiedad cumpla su función económica y social). El segundo de los criterios escogidos (documento de fecha cierta anterior) se refiere a un valor distinto. Cuando ninguno de los acreedores en conflicto ha alcanzado a constituir un signo de cognoscibilidad, el Código acude a la certeza en la antigüedad del título. Esto tampoco se relaciona directamente con la diligencia. La fecha cierta podría aparecer como consecuencia de un hecho ajeno a las partes (por ejemplo, la muerte de uno de los otorgantes del instrumento, que le da fecha cierta al momento de la muerte; la incorporación del documento a un expediente; etc.) y no necesariamente como efecto de un comportamiento diligente de uno de los acreedores. Por tanto, el problema es otro.

El artículo 1135 tiene innumerables defectos (que son más una consecuencia de la incoherencia y falta de concordancia en el sistema) y que no es el caso enumerar. Sólo quisiéramos destacar que este artículo nos deja en la incertidumbre de cuál es el signo de cognoscibilidad que nos permite transmitir la facultad de exclusión de los inmuebles no registrados. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que uno de los argumentos utilizados para descartar el proyecto planteado por Avendaño (respecto a la distinción entre bienes

registrados y no registrados), fue la gran cantidad de bienes inmuebles no registrados que existen en el Perú. El proyecto mencionado daba precisamente la solución a este problema: concedía el carácter de signo de reconocibilidad a la posesión. El sistema tal como quedó planteado olvida por completo a los propietarios de los inmuebles no registrados.

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto por el artículo 1135. Así, conceden a la inscripción la calidad de signo de cognocibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos:

Artículo 2014 .- 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 registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Artículo 2016 .- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

Artículo 2022 .- 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 distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

No quisiéramos extender demasiado este trabajo analizando de manera exhaustiva las contradicciones y problemas que estos artículos plantean. Sólo nos interesa graficar la idea general: a fin de cuentas es la inscripción del derecho lo que le da a la propiedad (y por tanto a la facultad de exclusión) el carácter absoluto. Es a partir de este momento que las externalidades son internalizadas, surgiendo los incentivos necesarios para explotar productivamente el bien sin llegar a una sobreexplotación del mismo. Es recién entonces donde el

sistema logra que deje de existir, de alguna manera, "un mundo sin propiedad".

Sólo quisiéramos mencionar un problema de interpretación del artículo 2014. Este exige buena fe, pero cabe preguntarse hasta cuándo es exigible esta buena fe: ¿hasta el momento de celebración del contrato o hasta el momento de la inscripción? Algunos se han inclinado por esta última interpretación que nosotros no compartimos. La buena fe, en este sentido, es el conocimiento de la inexactitud del registro. Lo que puede suceder, por ejemplo, es que Pedro acude al registro y constata que Juan aparece inscrito como propietario, sin tener conocimiento que el propio Juan vendió el mismo inmueble a Federico con anterioridad. Confiando en la información con la que cuenta Pedro, celebra el contrato de compraventa, teniendo en este momento buena fe. Resulta que momentos después de celebrar el contrato (e incluso de pagar el precio), el propio Juan le cuenta acerca del contrato que tenía celebrado con Federico. A pesar de ello, Pedro consigue inscribir su derecho antes que Federico. Si interpretamos que la buena fe debía subsistir hasta la inscripción, Federico podría hacer primar su adquisición argumentando que Pedro tuvo mala fe al momento de la inscripción. A nuestro entender, esto es irracional. Un sistema coherente que dé seguridad a los adquirentes, eliminando como consecuencia los efectos de la aversión al riesgo, debe dar esta seguridad al momento en que se adopta la decisión económica. Es en ese momento donde el individuo hace la evaluación de sus costos y beneficios y puede predecir las consecuencias de sus actos. Y es en ese momento donde su ignorancia de una compraventa anterior resulta trascendente. De lo contrario, tendríamos nuevamente que su decisión queda sujeta al azar de enterarse o no, incluso de manera accidental, de la existencia de una compraventa anterior, con posterioridad a la celebración del contrato.

Queremos destacar que la buena fe al momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho, y podría ser que un tercero logre esto antes. Pero éste ya es un riesgo calculable. Corresponde al interesado tomar las medidas necesarias para garantizar su derecho. Pero el conocimiento de la inexactitud del registro (que, en sentido estricto, no es tal, pues el registro nos da siempre información exacta respecto de quien puede transmitir la facultad de exclusión absoluta), no puede

cambiar las bases racionales de la decisión económica del adquirente. Hacerlo implicaría cerrarle la puerta principal a la irracionalidad, pero dejarla entrar por la ventana.

De esta somera revisión parecería que, sin perjuicio de algunas imperfecciones, el sistema de transferencia de propiedad inmueble parece coherente con la función económica de la propiedad privada. Ello es, sin embargo, sólo un espejismo.

5. *La posesión como vehículo de la facultad de excluir*

Como vimos en el punto 3 del presente trabajo, existían tres requisitos que debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad:

- a) Que la propiedad esté reconocida objetivamente en el derecho positivo.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva de un titular a otro la posibilidad de excluir a todos.
- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir.

De la revisión del punto 4 de este trabajo parece deducirse que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble cumple con los tres requisitos. La propiedad aparece reconocida expresamente en el artículo 923 como aquel derecho que faculta al titular a excluir a los terceros del uso, disfrute y disposición del bien. Por otra parte, la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 parecería cumplir con los otros dos requisitos. Así, se designa como signo de reconocibilidad al registro y se concede a éste el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros. El sistema parece haber cerrado el círculo.

Imaginemos nuevamente al cliente que acude al abogado para preguntarle desde cuándo será propietario del inmueble que preten-

de comprar. El abogado, conocedor del rol meramente decorativo del artículo 949, le indica a su cliente que recién podrá sentirse seguro de su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, previo estudio de títulos a fin de verificar que no existan causales de anulación, rescisión o resolución que consten en registros públicos (siguiendo lo que indica el artículo 2014). Para ello el abogado obtiene copia de los respectivos asientos registrales, así como de todos los demás títulos y documentos pertinentes. Luego de un cuidadoso estudio determina que no existe vicio alguno en los últimos 30 años (período establecido para la prescripción larga, de acuerdo al artículo 950 que deberá concordarse con el artículo 2122 hasta el 14 de noviembre de 1994), por lo que aconseja a su cliente que proceda a la compra del inmueble, recomendándole ciertas medidas contractuales a fin de garantizar su derecho hasta la inscripción (12). Efectivamente, el cliente celebra el contrato de compraventa, consigue inscribirlo y en consecuencia se siente totalmente seguro con su adquisición. Cuando acude a ocupar el inmueble se encuentra que el mismo está ocupado por un tercero, el mismo que le indica que vive ahí hace más de 30 años. Cuál no será la sorpresa del cliente cuando unos días después de su compra recibe una notificación judicial en virtud de que el ocupante ha iniciado un procedimiento a fin de que se declare que ha adquirido por prescripción el inmueble. El juez finalmente le da la razón al ocupante, en virtud a lo que dispone el artículo 952:

Artículo 952 .- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

El segundo párrafo de este artículo es central en lo que concier-

(12) Debe tenerse en cuenta que el plazo de treinta años (o diez, a partir del 14 de noviembre de 1994) se explica porque, en caso que en la cadena de transmisiones de propiedad aparezca algún vicio anterior al inicio de este plazo, esto poco importaría, pues el poseedor actual igual hubiese adquirido ya por prescripción, saneándose cualquier deficiencia. Así se evita lo que se conoce como la "prueba diabólica" y que no es otra cosa que la necesidad de probar una cadena incuestionable de adquisiciones desde los orígenes del bien para legitimar al propietario.

ne al sistema de transferencia de propiedad. Los abogados, al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble, revisamos la información que consta en Registros Públicos en los últimos treinta años, y si no encontramos ningún defecto consideramos que la adquisición que se haga será perfecta. Esto es un error. No podemos confundir treinta años (a partir de noviembre de 1994 serán sólo 10) de *posesión*, con treinta años de mantener un determinado status registral. Se adquiere por prescripción cuando alguien ha poseído por treinta años un inmueble, es decir, cuando se ha comportado como propietario por todo este período de tiempo. Para comportarse como propietario (es decir, para ejercer de hecho uno o más de los atributos de la propiedad) no bastan meros actos de disposición inscritos en los registros públicos. De lo contrario, el segundo párrafo del artículo 952 carecería por completo de sentido. Así, no cabe argumentar que la celebración de contratos constituyen en sí actos posesorios (ejercicio de la facultad de disposición). Hacerlo implicaría aceptar que si treinta personas celebran contratos sobre un mismo inmueble tendremos treinta poseedores. La posesión implica una intermediación física o jurídica al bien, que no se da por la simple inscripción de una transferencia.

Existen básicamente dos tipos de relaciones que se establecen entre la prescripción y la inscripción registral. Podemos estar frente a una prescripción "secundum tabulas" o a una "contra tabulas". La prescripción "secundum tabulas" se da cuando el poseedor que arguye haber adquirido por prescripción no sólo ha tenido la posesión física del inmueble (sea por propia posesión o utilizando la facultad contenida en el artículo 898 para sumar los plazos posesorios), sino lo que podríamos llamar una "posesión" registral. Así, la historia registral coincide con la historia de los antecedentes de las operaciones de transferencia mediante las cuales llegó a poseer. Ello, obviamente, sólo será importante si el poseedor actual tiene mala fe. Si el poseedor actual tuvo al momento de su adquisición buena fe, estará amparado, según el caso, por el 1135 o por el 2014. Cuando la prescripción sigue la misma línea posesoria que aparece descrita en registros públicos, los estudios de títulos tal y como fueron efectuados por el abogado de nuestro último ejemplo serán útiles. El problema es cuando nos encontramos con una prescripción "contra tabulas", es decir, una línea posesoria completamente distinta a la línea de transferencia de propiedad que aparece en los Registros Públicos.

Esto es lo que le pasó al cliente de nuestro ejemplo. En este caso los estudios de títulos, tal como se hicieron, carecen de toda utilidad. El registro nos lleva a una conclusión equívoca si tenemos en cuenta que el segundo párrafo del artículo 952 consagra en nuestro sistema la adquisición "contra tabulas". Este equívoco es atribuible a que el registro sólo nos cuenta una parte de la historia, pero no nos cuenta lo más importante: quién está poseyendo efectivamente el inmueble. El efecto final es que el registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado treinta años de posesión (directamente o por suma de plazos posesorios), o que a partir del 14 de noviembre de 1994 ha sumado diez años. Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognocibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto.

Consecuencia de lo dicho es que en una transferencia de propiedad puede ser que la tradición sea un hecho mucho más importante que la inscripción. Si alguien tiene la posesión actual del inmueble y puede sumar treinta años para atrás, podrá siempre argumentar que ha adquirido por prescripción. Puede darse el caso de que alguien, amparándose en el registro, inscriba su adquisición con posterioridad a la fecha en que el poseedor pueda argumentar que ya adquirió por prescripción. Algunos pueden pensar que ello convierte en propietario a quien inscribe su derecho (al amparo del artículo 2014), y que, por tanto, el poseedor pierde la propiedad que adquirió por "usucapion". Esto, a nuestro entender, es un error. Quizás en el preciso instante de la inscripción tengamos un nuevo propietario, pero inmediatamente después, en el instante siguiente, el poseedor actual vuelve a adquirir por prescripción, pues puede volver a sumar treinta años.

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción "contra tabulas" son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognocibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema. Esto no sólo puede tener un costo en términos de eficiencia sino, incluso, en términos de equidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 952 nos dice es que, al adquirir un inmueble,

debemos preocuparnos más por quien esté poseyendo que por quien aparece con derecho inscrito en los Registros Públicos e, incluso, debemos dar más importancia a la tradición que a la inscripción de nuestra transferencia. Así, si otro subadquirente inscribe antes que nosotros podremos, como último recurso, argumentar que hemos adquirido por prescripción, pues podremos recurrir a la suma de plazos posesorios.

Algunas legislaciones han podido conciliar la prescripción "contra tabulas" con la seguridad registral, relativizando este "efecto fantasma" (13) que el segundo párrafo del artículo 952 ha traído a nuestro sistema. Tal es el caso del sistema español. Producida la inscripción de una transferencia en los Registros Públicos, se suspende inmediatamente, y por el plazo de un año, el efecto de la prescripción. Así, el nuevo adquirente tiene un año para interponer las acciones pertinentes contra el poseedor. Pasado este plazo la prescripción retoma sus efectos y, por tanto, el poseedor actual podrá solicitar que se le declare propietario, acceder al registro y cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. En nuestro sistema esto no existe, por lo que debemos entender que no se da el efecto suspensivo y, en consecuencia, quien adquiere por prescripción tiene siempre un mejor derecho que quien adquiere por registro.

El efecto final es que el registro no concede una facultad de exclusión absoluta pues, a fin de cuentas, no permite excluir al poseedor actual, que puede sumar plazos posesorios para completar el período requerido para adquirir por prescripción. Por el contrario, se sobredimensiona el rol de la posesión como signo determinante de seguridad en toda operación de transferencia.

6. *Reflexión final*

El Derecho está, sin duda, atravesado por complejos debates

(13) Le damos esta denominación (efecto fantasma) para ilustrar el hecho de que fue incorporado inconcientemente por el legislador. Evidentemente, no era parte del diseño general del sistema de transferencia de propiedad inmueble el darle a la posesión un efecto de oponibilidad superior al que tiene el registro, pero éste fue el resultado final del segundo párrafo del artículo 952, concordado con las demás normas pertinentes.

valorativos, por dogmas que se discuten y por discusiones que se convierten en dogmas. Ello hace que en su seno no existan respuestas únicas y que, por regla general, el Derecho sea el campo de lo opinable. Estamos, pues, ante un instrumento puesto al servicio del hombre para alcanzar la convivencia con otros hombres. Evidentemente la idea que tengamos de lo que puede ser convivencia será distinta según sean distintos los valores que nos inspiren. Pero existe un criterio del que nadie podrá escapar y al que no se puede renunciar. Ese criterio es la coherencia.

El Derecho debe ser un sistema coherente. A veces eso es difícil si tomamos en cuenta que el Derecho no es sino un reflejo de la realidad social y, por tanto, es complejo, cambiante y muchas veces impredecible.

Un sistema que consagra formalmente la propiedad pero que en su diseño determina la existencia de "un mundo sin propiedad", es una incoherencia. Nuestro sistema peca de una incoherencia menor pero que no por ello deja de ser grave. Se relativiza un, de por sí, ya débil sistema registral, y con ello se introduce incertidumbre y falta de seguridad al mercado inmobiliario de bienes. Las ventajas que tiene la propiedad como mecanismo de internalización de externalidades se desperdician sin que exista otro objetivo que lo explique y justifique. Quizás aquí podamos encontrar una de las tantas causas de que nuestro mercado inmobiliario no haya tenido un desarrollo dinámico e, incluso, de la aparición de grandes sectores de informalidad en nuestra economía que tratan, muchas veces con éxito, de frenar el avance del "Sahara" de nuestro subdesarrollo.

La incoherencia del Derecho no es otra cosa que la traición al más importante de sus fines: el logro de la convivencia social. Podremos tener discusiones sin fin sobre qué es la justicia, pero no nos cabe la menor duda de que un Derecho incoherente es un Derecho injusto.