
La propiedad inconclusa

Alfredo Bullard G.

Abogado. Miembro del Comité Consultivo de *Ius et Veritas*.

1. Propiedad: ¿para qué?

La propiedad es como esas sinfonías que nunca fueron terminadas. Todos reconocen la obra y su importancia, pero al final sabemos que le falta una parte. Nuestros sistemas de propiedad siempre terminan con vacíos que nunca son cubiertos.

Pero a diferencia de las sinfonías inconclusas, donde lo que suele ocurrir es que el autor murió antes de terminarla, no ocurre lo mismo con las instituciones jurídicas. Los sistemas legales se construyen en el tiempo y nada impide al legislador, un ser abstracto y por tanto inexistente e inmortal, terminar la obra no concluida. Y sin embargo se resiste a cerrar el círculo y deja, en medio de la discusión doctrinaria, su obra sin concluir.

El problema es que escuchar una obra musical sin terminar nos deja con la intriga de cómo hubiera sido, con una suerte de curiosidad cultural que, finalmente, nos deja seguir viviendo. Pero cuando el sistema de propiedad se queda a medias deja a seres humanos de carne y hueso sin soluciones que permitan resolver sus problemas respecto al uso de los bienes. El resultado es desperdicio de recursos, menos desarrollo y, por qué no, pobreza. La falta de un sistema de propiedad cerrado no solo deja a nuestros códigos y leyes como incompletos. Deja vidas incompletas.

En esa línea hay que entender por qué la propiedad es tan importante. La propiedad permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del bien.

Cuando el titular tiene un derecho de exclusividad, puede apropiarse de la integridad del beneficio que genera el bien. Al ocurrir ello tiene el incentivo a realizar las inversiones necesarias para generar el beneficio, con lo cual se motiva la producción. Por ello uno comienza a construir en un terreno cuando recibe el título de propiedad sobre el mismo. Sino retrasa su inversión.

Pero adicionalmente a ello, el propietario tiene que asumir el costo de usar lo suyo. Si él sobreexplota y deteriora el bien asumirá las consecuencias. Ello determina que tenga cuidado al usarlo. Por ello, evitará sembrar en su predio hasta agotar la tierra.

Una propiedad incompleta, es decir, una propiedad que no cierra el círculo, genera incentivos incompletos y que por tanto derivan en una internalización imperfecta de las externalidades. Ello reduce los incentivos para invertir y motivar un uso razonable. En otras palabras, una propiedad incompleta deriva en inversión incompleta y en uno exagerado de los recursos.

2. ¿Cómo cerrar el sistema? Los bienes registrados y los no registrados

Desde que Jorge Avendaño propuso cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados, desató un debate que no ha terminado. La propuesta, bien entendida y analizada, hubiera permitido “cerrar el sistema” y darle un marco completo de regulación. Esa propuesta llegó a plantearse incluso en un Anteproyecto durante el proceso de reforma que culminó con la dación del Código Civil de 1984. Lamentablemente la propuesta fue rechazada. Sin embargo, el debate que la rodeó (y que aún hoy la rodea), mostró que la diferencia entre los promotores y los detractores era de visión y perspectiva.

En la discusión las respuestas en contra fueron realmente curiosas y se encerraron en meros razonamientos circulares en los que, como bien anota Fernando de Trazegnies⁽¹⁾, criticando a los opositores del cambio, los principales argumentos fueron la tradición, la naturaleza y los romanos. Así, se usaron argumentos tales como “por qué cambiar las cosas si siempre hemos clasificado en muebles e inmuebles”, “la naturaleza de las cosas es clara: hay cosas que se mueven y cosas que no se mueven” o “eso nos viene desde la época de los romanos”.

(1) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Bienes, naturaleza y romanos*. En: *El Comercio*. 21 de diciembre de 1982.

Y es que los abogados, en especial los que se suelen llamarse a sí mismos juristas, creen que los sistemas se “cierran” con conceptos. Pero los sistemas en realidad se “cierran” con soluciones, con respuestas concretas a las preguntas que la realidad les plantea.

Ninguno de los argumentos usados en contra del cambio se centra en el tema principal que motivó la propuesta, es decir, el buen funcionamiento del sistema de transferencia y constitución de titularidades. Las definiciones legales no tienen como fin hacernos sentir “conceptualmente felices”; sirven para resolver problemas. No clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia tranquila con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con Olaechea y los demás autores del Código de 1936 o para que Justiniano descansa en paz. Lo hacemos para resolver problemas de la vida diaria, de seres de carne y hueso que tienen que interactuar entre ellos y que son finalmente a quienes se debe el legislador.

La defensa de la clasificación en base a naturalezas y tradiciones es tan absurda que quienes la defendían no advertían que la clasificación del Código es, también, “contra natura”, pues incluye dentro de la clasificación de inmuebles a bienes como las aeronaves y naves, precisamente los bienes inventados por el hombre que más se mueven. Y lo hace por motivos prácticos: poder darlos en hipoteca y no en prenda, lo que implicaría la desposesión del propietario. Y ello sin siquiera advertir que en el Código de 1984 la existencia de la prenda con entrega jurídica hubiera permitido, sin problema, preñar aviones y barcos, sin evitar, por la desposesión, que su titular los destine a su objeto económico.

Es que las críticas no entendieron lo importante de la propuesta y su perspectiva funcionalista. La razón que explica la idea del cambio de clasificación no es un gusto por clasificaciones nuevas, sino la comprensión de cómo debe funcionar un sistema de transferencia de titularidades en la reducción de costos de transacción, es decir, en los costos de hacer viable el intercambio.

Esto se refleja claramente en el nuevo proyecto que se viene trabajando para reformar el Código Civil y que vuelve a recoger la propuesta de Avendaño, relanzada, reforzada, con mayor aceptación que hace 20 años, y

con muchas más posibilidades de ser aceptada e incorporada a nuestro ordenamiento civil⁽²⁾.

La propuesta no puede hacerse en abstracto, planteando la clasificación como una mera constatación de lo que existe (efectivamente hay bienes que están registrados y otros que no lo están) sino que lo hace a la luz de algo más importante: cómo transferir y constituir titularidades sobre bienes, que es la puerta que el sistema debe cerrar para estar completa. Esto quiere decir que se aproxima al problema desde una perspectiva funcionalista. El cambio de clasificación no es un fin en sí mismo, sino un medio para darle coherencia a un sistema de oponibilidad de derechos.

Así Avendaño nos dice, comentando su propia propuesta:

“El nuevo criterio es, pues, el de bienes registrados y no registrados, estableciéndose que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no solo al de propiedad inmueble, sino a todos los registros. Un paso muy importante para la seguridad jurídica y una consolidación muy significativa de los diversos registros que cada vez se van unificando y mejorando su servicio en la SUNARP, que es el sistema registral. Entonces ¿cómo se transferirán los bienes registrados, ya sea un edificio o un caballo de carrera, sean muebles o inmuebles, sean corporales e incorporeales? Con registro constitutivo. Y, ¿cómo se transferirán los bienes no registrados, bien sea una casa no inscrita, un terreno no registrado, hasta un vaso o un reloj? Con la tradición, la entrega, se limpia el asunto; ni siquiera habrá concurso de acreedores. Como ocurre con la hipoteca desde el siglo pasado, su inscripción es obligatoria. Los bienes inmuebles no inscritos se han ido incorporando al Registro poco a poco, con lo cual ha ido mejorando la situación registral en general y esos son los bienes que se pueden hipotecar. Así será en el futuro.

(...)

La gran modificación en materia de derechos reales en el proyecto del Código, es la clasificación de bienes registrados y no registrados, lo cual no solo cambia el régimen de transferencia de la propiedad, sino también el régimen de garantías, que es lo que está discutiendo actualmente la Comisión Revisora⁽³⁾.

(2) AVENDAÑO, Jorge. *La Clasificación de los Bienes en Función del Registro*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVII. Número 10. Enero-Marzo 1997. pp. 36 y 37.

(3) AVENDAÑO, Jorge. *El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil*. En: *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*. Año I. Número 2. Agosto de 2000. pp. 106 y 107.

3. La definición de los derechos, seguridad en el tráfico y costos de transacción

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo a lo que los economistas llaman costos de transacción. En el mercado de bienes y derechos los costos de transacción dependen de una serie de factores⁽⁴⁾. Pero uno de los principales factores es propia definición de los derechos y titularidades.

La definición de derechos no es un tema meramente teórico. Ni siquiera es un tema principalmente teórico. Es un tema esencialmente práctico. Una de las cosas que los economistas comprenden es que lo importante es, antes de cómo son las cosas, como son percibidas. Los individuos toman decisiones de conducta en base a lo que perciben, independientemente que las cosas en la realidad sean distintas. Por ello, no interesa que el Código Civil diga que uno es propietario, con facultad de excluir a los demás, por el simple consenso. Las personas se sienten propietarios no cuando el Código lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura. Por ello, el sistema debe responder a las percepciones de manera práctica y dar disposiciones que creen no propiedades teóricas, sino propiedades percibidas como reales y verdaderas.

Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Cuando contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el “precio de la incertidumbre” es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. Este es el principio que está detrás de la primera formulación del Teorema de Coase.

Según la primera formulación del Teorema de Coase, si los costos de transacción son iguales a cero (o son bajos), no importa la regla legal a aplicarse para llegar a

la solución eficiente, lo que equivale a decir que no importa a quién le des la propiedad, pues mediante intercambios en el mercado esta llegará a manos de quien más la valoriza. Así, si le das un libro a un analfabeto, este se lo venderá a alguien que sepa leer, y en particular a alguien que sabe leer que aprecia el contenido del libro. Ese es el objetivo principal de un sistema de transferencia de propiedad: antes que decidir a quién se le da originalmente la propiedad, determinar como esta se reasigna a sus usos más valiosos. Sin embargo, la frase de que no importa la regla legal no debe ser leída en el sentido que no importa cómo se define el derecho. El Teorema de Coase parte del presupuesto de la necesidad de que los derechos estén bien definidos, es decir, que todos percibamos hasta dónde y desde cuándo puedo excluir a los demás. En sencillo todo esto quiere decir que no es posible que el mercado funcione si la propiedad no está definida de manera clara. El analfabeto requiere que su facultad de excluir esté bien definida y el interesado por el libro requiere que el sistema le deje claro cómo se le transfiere esa facultad de excluir de manera segura, para que la adquisición sea posible y el libro tenga un uso socialmente más valioso. Esto se desprende de la siguiente cita de Coase:

“(…) si las transacciones de mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar”⁽⁵⁾.

Por el contrario, si el derecho está mal definido y no se puede pronosticar el resultado de un juicio (por ejemplo, no es fácil saber quién será declarado propietario) los costos de transacción se elevan. Si adquiero un predio de quien no tiene su derecho inscrito, siempre habrá el riesgo de que aparezca un tercero alegando un mejor título y que hoy, al momento de contratar, no puedo identificar. Entonces la incertidumbre crece, con ello su “precio” y por aplicación de la ley de oferta y demanda la cantidad demandada de esa propiedad cae. Mayores costos de transacción (menor seguridad en el tráfico en los

(4) El Premio Nobel de Economía Ronald Coase (COASE, Ronald. *The Problem of the Social Cost*. En: *Journal of Law and Economics*. Octubre 1960. pp. 1-44) define los costos de transacción en los siguientes términos: “Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos”.

(5) *Ibid.*

**Poner pocas exigencias
para transferir la propiedad
facilita la contratación pues
reduce el costo de llevar
a cabo la transferencia.**

términos más tradicionales) significan menor circulación de la riqueza y menor bienestar.

Esto se refleja en un hecho que es fácil de constatar empíricamente: el valor de un predio sube cuando se inscribe. Su precio es mayor porque el adquirente asigna una valorización superior a la seguridad que el registro le da. Por el contrario, el bien no inscrito conduce a un castigo en el precio, es decir, al traslado de los costos de transacción al enajenante del derecho.

Y ello no solo tiene que hacer con la cantidad de transferencias que se den (circulación de la riqueza), sino con el nivel de inversión en el predio. Si un agricultor tiene problemas de linderos con sus vecinos, es posible que siembre al centro del terreno y no en los bordes donde el conflicto existe para evitar que sus vecinos se queden con su inversión si el conflicto se resuelve de manera desfavorable para él. Ello reduce la productividad porque habrá menos tierras cultivadas.

En una ocasión, conversando con personal de COFOPRI, entidad encargada de entregar títulos registrados a los propietarios originalmente informales, me comentaban que era evidente que cuando entraban a titular una zona, el resultado era que el nivel de construcción se incrementaba. Por ejemplo, comenzaban a construirse edificios de varios pisos cuando se entregaban títulos debidamente inscritos, porque la seguridad (menos costos de transacción) motivaba la inversión. Ello sin duda genera mayor bienestar (más viviendas y más baratas).

4. La definición de derechos como costo de transacción

Pero si cortáramos allí el argumento, estaría incompleto. Si bien es cierto que definir un derecho reduce los costos de transacción, a su vez la propia definición del derecho tiene costos y es, paradójicamente, un costo de transacción. Esto quiere decir que se puede generar una paradoja o contradicción entre el efecto de reducir costos al definir

derechos, pero a la vez incrementar los costos al definir tales derechos.

Registrar una propiedad permite definir el derecho de manera más precisa y completa, pero el propio registro tiene un costo. Este tiene que ser organizado y requiere de una infraestructura y un personal que alguien tiene que pagar. Pero además acceder a él tiene un costo porque hay que pagarles a abogados, notarios y tramitadores. Y esos son costos de transacción.

Esta aparente paradoja puede graficarse con un ejemplo. Hay automóviles más seguros que otros. Algunos tienen una estructura débil, materiales no muy bien ensamblados o de deficiente calidad. Un accidente los convierte en una trampa mortal. Otros automóviles, en cambio, pueden resistir el impacto brindando una seguridad sorprendente. Tienen aditamentos como barras de seguridad o bolsas de aire que reducen sustancialmente el riesgo de morir en un accidente de tránsito.

La seguridad automotriz reduce un costo: el costo de los accidentes. La mayor seguridad hace que invirtamos menos en gastos médicos, en sepelios y en el costo humano que de los daños a la integridad física o la vida se deriva. Pero a su vez los mecanismos de seguridad de los automóviles también son un costo que hay que pagar. Un automóvil Tico es más barato si se mide por el precio pero más caro si se mide por el costo de los accidentes. Por el contrario, un Volvo es barato en costos de accidentes, pero la factura que refleja su precio no está al alcance de todo bolsillo.

Como la seguridad, mayor precisión en la definición de derecho reduce el costo de la inseguridad, pero implica gastar en la seguridad misma. Un análisis costo beneficio permite definir en qué caso la seguridad vale lo que cuesta. Uno puede construir un auto como un tanque de guerra a un costo muy superior, pero habría que preguntarse si la inversión está justificada por la seguridad adicional que brinda.

Cuanto más valioso sea un bien, mayores incentivos habrá para gastar más en asegurar su propiedad. Si un bien es muy barato (como un lapicero descartable) gastar en tenerlo en un registro podría costar más que el propio valor del bien. En esos casos, incurrir en los costos de una mejor definición de derecho no se justifica en los beneficios que se obtendrían.

Por el contrario un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una pérdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero. Entonces gastar en un registro aparece como justificado.

Este simple razonamiento explica por qué no hay registros de lapiceros y sí registros de predios.

Este problema es claramente explicado por Cooter y Ulen:

“El derecho de propiedad debe elaborar entonces algunas reglas que balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad, con el costo del mantenimiento de un sistema de verificación. Para los bienes costosos tales como casas y automóviles, la ley reduce las incertidumbres que afectan al comercio proveyendo de un sistema para el registro de los títulos, y por lo general obliga a que todas las ventas se hagan mediante el proceso de registro, negándose a proteger las transacciones de estos bienes que no se registren. Pero en el caso de transacciones pequeñas, el costo de mantener un sistema de verificación superaría al beneficio derivado de la reducción del riesgo”⁽⁶⁾.

Sin embargo, la posibilidad de discriminar entre cuándo gastar mucho en seguridad y cuándo poco, puede ser compleja. Una posibilidad es decir que los bienes por encima de cierto valor (por ejemplo 20 UIT) se registrarán y los que estén por debajo de ese valor se transferirán por simple tradición, un sistema menos seguro pero claramente más barato. Pero las reglas no solo deben ser buenas, sino simples de aplicar. Una regla basada en valorizaciones implica complejas discusiones sobre qué valor tienen las cosas, lo que a su vez eleva los costos de transacción de usar el sistema.

Otra alternativa es la de usar otros criterios como la movilidad. Pero es un criterio equívoco. Si bien originalmente podría pensarse que lo que no se mueve (por sus dimensiones o características) tenderá a valer más que algo que se puede mover, gracias al desarrollo tecnológico, no es cierto. Un avión o un barco valen más que muchos predios, pero se mueven. Y un pequeño predio puede valer mucho menos que un automóvil. Ello es lo que originó excepciones para que la ley dijera que los aviones y los barcos “no se mueven” (son inmuebles).

Pero soluciones como esas solo reflejan la dictadura de un Derecho que declara que las cosas son como quiere que sean, incluyendo la absurda declaración (parecida a la de Galileo ante la Inquisición) de que los aviones son inmóviles pero se mueven. Se pierde así la importancia práctica del sistema en la rigidez de una declaración meramente legal.

La aparición de la propuesta de cambio de clasificación de los bienes, inspirada sin duda en una visión práctica, rompe con la dictadura de un Derecho

que cree encontrar la solución del problema en una mera declaración legal. Quizá el secreto está en lo evidente. ¿Por qué dejar que la oponibilidad en la transferencia de una titularidad quede en manos de una declaración fría y abstracta de la ley? ¿No es mejor dejar sujeta a la autonomía privada la definición de cuándo oponer un derecho y cómo hacerlo? Finalmente el valor de las cosas proviene no de la esencia de los bienes sino de cómo son estos valorizados. De la misma manera como dejamos a los individuos calcular qué carro se comprarán en función a cuánto aprecian la seguridad y en relación a cuánto aprecian pagar como precio, y renunciamos a que sea el Derecho el dictador absoluto de cuanta seguridad tenemos que comprar obligándonos a que todos los automóviles sean Volvo, ¿por qué no hacemos lo mismo respecto de la seguridad de las titularidades que adquirimos?

5. ¿Cómo hace el proyecto para quebrar la dictadura?

Si uno revisa el Anteproyecto que preparó la Sub-Comisión a cargo del Libro de Reales encontrará, en primer lugar, en el artículo 889, cómo se clasifican los bienes según esta nueva perspectiva:

“Artículo 889. Bienes registrados o no registrados.

1. Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.

2. Los bienes no registrados pueden ser registrables o no registrables. Son registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a algún registro de carácter jurídico”.

El nuevo rol de la autonomía privada es el *quid* de la propuesta. Nótese que no se parte de organizar el sistema de transferencia de bienes entre registrables y no registrables, sino registrados y no registrados. Si bien la registrabilidad está recogida en el segundo párrafo del artículo, este tema está subordinado a lo que aparece como más importante: que el bien esté o no registrado.

¿Por qué es esa diferencia importante? La declaración de mueble o inmueble no es una declaración contra la que se pueda pactar. La autonomía no tiene un rol que jugar, y queda amarrada a la definición legal. Nadie puede, por acto jurídico, declarar que su casa es un bien mueble o que un lapicero es un bien inmueble. Por tanto no puede decidir cuánta seguridad quiere adquirir. Solo queda sujeto, para oponerlo, a la

(6) COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. cit.*; p. 184.

declaración que el sistema jurídico ya ha hecho sobre la naturaleza del bien.

Si la propuesta de reforma fuera partir de la clasificación de los bienes en registrables y no registrables, no habría mucha diferencia con la clasificación entre muebles e inmuebles. La declaración de registrabilidad es también una declaración legal; es también una declaración dictatorial. Un predio es registrable fuera del hecho de la decisión de su titular de registrarlo.

Pero al definirse la transferencia de la titularidad en función a que el bien esté o no registrado, se deja la decisión del grado de oponibilidad en el campo de la autonomía privada del titular. Que el bien esté o no registrado es decisión del propietario, sea porque él mismo lo inscribió o sea porque él tomó la decisión de adquirir un bien registrado y descartó adquirir uno que no estaba registrado. En otras palabras, él escoge que tan “exclusiva y excluyente” va a ser su propiedad.

Esto se refleja en el que es quizá el artículo más importante del Anteproyecto del Libro de Reales, y es que define la forma de transferir derechos y titularidades sobre bienes:

“Artículo 885. Inscripción. Tradición.

1. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.

2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente”.

La propuesta significa una tremenda ventaja en términos de la decisión de cuánto nos beneficiamos con la oponibilidad frente a cuánto nos cuesta la oponibilidad. Dicho en otros términos, el análisis costo beneficio de los dos impactos que el registro tiene en términos de costos de transacción (costo de transacción - incertidumbre reducido vs. costo de transacción - mecanismo de oponibilidad elevado) deja de ser propiamente del legislador para pasar a los particulares en cada caso concreto.

Esto tiene, sin embargo, algunos límites legales. Dado que los lapiceros no son registrables, no podrán ser registrados y por tanto no podrán llegar las titularidades sobre los mismos a ser oponibles por un registro así la voluntad del titular lo desee. Pero ello puede explicarse en la identificación de supuestos claros en los cuales la registrabilidad resulta a todas luces más costosa que beneficiosa⁽⁷⁾.

El único problema que quedaría es qué ocurre con los problemas que surjan en caso de signos de reconocibilidad impreciso como la posesión, es decir, el caso en el que alguien adquiere del poseedor no propietario en la creencia de que quien le transfiere es el propietario. El problema ya no se presentará con los bienes registrados donde la precisión de la publicidad registral resuelve el problema. Pero en el caso de los bienes no registrados la salida es la adquisición a *non domino*. Esto se encuentra recogido en el Anteproyecto en los siguientes términos:

“Artículo 886. Adquisición de un no titular.

1. Quien de buena fe y como titular de un derecho real recibe de otro la posesión de un bien no registrado, adquiere el derecho transmitido, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal.

2. Los bienes muebles no registrados respecto de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda.

3. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los contratos de arrendamiento, comodato u otros de naturaleza análoga respecto de bienes no registrados”.

Es importante notar que el sistema extiende la protección incluso a derechos tradicionalmente considerados personales como el arrendamiento o el comodato, reforzando la idea que lo importante no es

(7) Esta es una afirmación relativa, cuyo relativismo se deriva, nuevamente, de los aportes de Avendaño. Una comisión presidida por él y nombrada para redactar una nueva Ley de Garantías, elaboró un Proyecto de Ley de Garantías. De aprobarse la propuesta que viene trabajando la comisión, podría llegarse a oponer (con algunos límites) la constitución de derechos de garantía sobre bienes hoy no registrables como un lapicero, por medio de un registro reconceptualizado. Entraríamos así a una segunda fase, más audaz aún, que permitiría la creación, por decisión de autonomía privada, de derechos oponibles de garantía por inscripción sobre bienes tradicionalmente considerados no registrables. El secreto de la propuesta es la creación de un registro personal de contratos, que incluya la afectación de bienes de todo tipo y sin excepciones. Este concepto avanza incluso en el sentido de poner fin al concepto de *numerus clausus*, permitiendo que la autonomía privada cree relaciones jurídicas con distintos grados de oponibilidad y que se escapen de la clasificación bipolar de derechos reales y obligaciones. Sin embargo, lo novedoso de la propuesta y el hecho que se encuentra en proceso de definición, nos impide tratarla en detalle en este trabajo.

la “naturaleza real” sino la existencia de un signo de reconocibilidad que haga oponible la relación jurídica correspondiente.

Resumiendo lo expuesto, un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes. ¿Cuál de los objetivos debería preferirse?

Lo que se desprende de lo que hemos dicho es que la respuesta a esa pregunta no es fácil. Ambos objetivos reducen costos de transacción. Por un lado, poner pocas exigencias para transferir la propiedad facilita la contratación pues reduce el costo de llevar a cabo la transferencia. Por ejemplo, un documento privado es más barato que una escritura pública o que una inscripción registral. Pero, por otro lado, mayores requisitos pueden ser necesarios para crear signos de reconocibilidad que permitan a los adquirentes saber que contratan sobre una base segura. Es lo que ocurre con los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes y reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son a su vez un costo de transacción (porque implican pagar al notario, al registrador, al abogado). Por ello, se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

6. Costos de transacción y consensualismo

Este dilema ha suscitado toda una discusión respecto a cuál es el sistema que debería adoptarse. En medio de esta discusión se encuentra la propuesta que estamos comentando. Unos propugnan un sistema transferencia vía registro, es decir, el sistema registral constitutivo del derecho de propiedad, mientras que otros, como Gastón Fernández Cruz, proponen un sistema basado en el consentimiento⁽⁸⁾, que es el que recoge el Código Civil. Fernández Cruz sostiene que un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace

más “barato” contratar. Se inclina por tanto en priorizar el primer objetivo señalado.

Como veremos, tal posición parte de una construcción incompleta de qué son los costos de transacción, es decir, asume que la propiedad debe permanecer “inconclusa”. Definitivamente lo que Fernández Cruz plantea elimina ciertos costos. El problema es que, como hemos visto, genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato.

Por ejemplo, si a uno le dan la opción de cruzar una calle caminando por la calzada o la de cruzar por un cable tendido entre dos edificios de un lado a otro de la calle, es lógico pensar que mucha más gente va a pasar por la calzada que por el cable, por una simple razón: por la calle hay más seguridad, mayor certeza, mientras que por el cable se está siempre sujeto a la contingencia de que un tercero -adquirente de buena fe-, nos haga “caer”. Esta incertidumbre hará que menos gente pase por el cable y más pasen por la calzada.

Gastón Fernández Cruz indica que eso parte del presupuesto de decir que no toda la propiedad está registrada, pero eso no es así. Lo que se deriva de la propuesta de cambio de clasificación de los bienes es que podemos establecer un sistema por el que la transferencia de los bienes registrados sea por registro y la de los bienes no registrados sea por otro mecanismo, como la tradición, que genera cierta publicidad.

Para sostener su posición Fernández Cruz distingue entre seguridad dinámica y seguridad estática. Creemos que esa separación no contempla el fenómeno en su integridad. Asume que la seguridad es una calle de un solo sentido, cuando es de dos y es imposible entender una sin entender la otra. La seguridad dinámica es la seguridad de que haya transferencia mientras que la seguridad estática se da una vez que adquiero la propiedad, el propietario que siente que su derecho no puede ser atacado. Para ir a lo dinámico tiene que haber seguridad en lo estático. Por ejemplo, si le decimos a una persona que nade porque detrás del horizonte hay una isla a la cual llegar, que uno desconoce, probablemente no se va a animar. La dinámica de moverse de una posición a otra se ve perjudicada por la incertidumbre del estado que tendré luego de haberme movido. La falta de la seguridad estática -un

(8) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*. En: *Themis-Revista de Derecho*. Número 30. 1994. pp. 149 y ss.

lugar a donde llegar-, hará que decida no nadar, por más que nadar en sí misma sea una actividad fácil. En otras palabras, la seguridad estática y la dinámica son las dos caras inseparables de la misma moneda.

Por el contrario, un sistema basado en el registro tiene reglas más claras. Es como la isla que se ve a lo lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. En el sistema consensualista debo confiar: (i) que la persona que me está vendiendo es el propietario; (ii) que no le haya vendido a otro; (iii) o que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello solo genera inseguridad.

7. Autonomía privada y oponibilidad de la propiedad

Se suele pensar que corresponde a la ley definir el grado de oponibilidad de un derecho real. Esa es justamente la dictadura de la que hablábamos líneas arriba. Pero, ¿por qué no podrían ser los individuos, interactuando en el mercado, los que justamente definen qué tan oponible pueda ser una titularidad, en base a un menú de opciones dado por el sistema legal?

Como estamos viendo, la propuesta que analizamos tiene una concepción más completa de la que se deriva de sistemas que establecen rígidamente reglas de oponibilidad contra las que no se pueden pactar.

El resultado de un sistema como el que se propone, que deje a los particulares la decisión sobre cuál es el nivel de oponibilidad que desean, salta a la vista. Dado que la relación entre los costos de la incertidumbre y los costos de creación de un sistema de oponibilidad que los reduzca varían según las circunstancias y las preferencias de las personas involucradas, un sistema que sujeta la decisión a la autonomía privada tiene la flexibilidad necesaria para que la decisión se tome caso por caso. Pongamos un ejemplo.

En el pueblo de Cora Cora en Puno, ubicado a varios días de jornada del registro más cercano, el propietario puede tener la disyuntiva de inscribir o no su predio agrícola. Si lo inscribe, la transferencia de propiedad en el sistema que se propone quedará sujeto al registro. La decisión le reportará una serie de beneficios. Quizá el precio al que pueda vender en el futuro se incremente sustancialmente. Además, podrá ofrecer su predio en garantía para obtener crédito.

Pero, a su vez, su decisión le reportará una serie de costos. Si tiene suerte, quizás exista un abogado en

Cora Cora que le prepare los papeles para cualquier operación y si tiene más suerte aún habrá un notario. Pero lo más probable es que tenga que emprender una jornada de varias horas para llegar a un poblado donde existan los abogados y notarios y quizá la jornada sea más larga hasta llegar a un lugar donde haya una oficina receptora del Sistema de Registros Públicos.

Si la escritura pública llega a otorgarse luego de la pérdida de uno o dos días en el trámite, tendrá que esperar que los títulos presentados sean llevados en mula hasta la Oficina Registral donde el predio está registrado. Posiblemente solo haya un viaje a la semana para llevar los títulos presentados hasta el lugar respectivo.

Pero, dado que los abogados y notarios a los que tiene acceso el campesino de nuestro ejemplo no son los mejores imaginables o que quizá le toque un registrador poco preparado o caprichoso, su título será observado y la próxima semana recién regresará el título con la observación a la oficina receptora. Cuando el campesino vaya a recogerla (con mucha suerte dos o tres semanas después de que dejó el título por primera vez) se dará con la ingrata sorpresa que tiene que corregir algo.

Buscará nuevamente a su abogado y a su notario y tratará de subsanar la observación. Ojalá tenga suerte y lo pueda hacer para no volver a pasar por todo el proceso una y otra vez. Pero igual habrá perdido muchas horas (o días) de trabajo a un costo excesivo para su capacidad de ingreso y para el valor de su predio.

¿Y cuál sería su beneficio por inscribir? En el pequeño poblado de Cora Cora todos se conocen. Por tanto, todos saben quién es propietario de qué. Si alguien va a adquirir basta preguntar a los vecinos para identificar al propietario. Una sociedad pequeña tiene menores costos de transacción que una sociedad grande, compleja e impersonal. El resultado es que el registro da pocos beneficios en términos de mejora en la seguridad de las transacciones. En pocas palabras, cuesta mucho para el valor agregado que da⁽⁹⁾.

Para el campesino de nuestro ejemplo quizá sea económicamente más lógico confiar en un sistema menos eficaz de oponibilidad pero más barato, que se encuentra entre sus posibilidades económicas y que es razonable en función al valor de su predio. Quizá el uso de mecanismos de garantía menos eficaces pero más razonables para su situación como la anticresis sea adecuado. Y entonces el tratamiento de su predio como un bien no registrado y transferible por simple

(9) Esa es de alguna manera la explicación de por qué en la relativamente pequeña sociedad romana los inmuebles se podían transferir por *traditio*.

tradición, sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Claro está que la incorporación del Cora Cora a un mercado más integrado puede cambiar la situación. Por ejemplo, la llegada de una carretera a Cora Cora puede incrementar la actividad económica y el valor de los predios. Además, se puede reducir el acceso a los registros porque los títulos pueden llevarse en un par de horas y no en un día entero. Y como llega más gente puede ser difícil o se puede perder la “memoria popular” de quién es propietario de qué. El cambio en la relación de costo beneficio puede convertir el registro de ineconómico a perfectamente razonable y por tanto deseable para el campesino. Pero la decisión estará en él en base a la seguridad que desea tener en relación al costo que tiene que asumir por ella.

Con la propuesta que comentamos, el sistema le permite “comprar un Tico” pero le da la opción de comprar un Volvo cuando las circunstancias se vuelvan propicias.

En cambio, el valor de una mansión en la zona más residencial de San Isidro, que tiene un acceso a registros relativamente económico, justifican la registrabilidad de ese inmueble pues los beneficios serán claros en relación a los costos. Si el propietario se comporta razonablemente correrá al registro para revalorizar su propiedad con una inversión baja en conseguir que el predio se registre.

El sistema que se propone permite diferenciar situaciones diferentes y tratarlas de la manera adecuada. No todos los males deben tener los mismos remedios, y algunos remedios pueden convertirse en males según las circunstancias.

En el fondo, el sistema de oponibilidad de derechos que se encuentra tras la propuesta de clasificación de bienes que se propone, es el de un sistema dinámico, que potencia la autonomía privada como mecanismo para una asignación eficiente de recursos, pero

reforzando la seguridad jurídica o seguridad en el tráfico, o en términos cousingos, reduciendo costos de transacción.

Bajo tal lógica, la propuesta refleja una adecuada comprensión del problema económico de base.

8. Conclusión

La música se escribe para ser escuchada. Un músico que compone al margen de la sensibilidad y necesidades de su público no tendrá éxito. Lo mismo pasa con el jurista que legisla al margen de la sensibilidad y necesidades de los usuarios del sistema legal.

El sistema legal nos da la oportunidad de crear obras colectivas, en las que los interesados pueden participar en su creación. Estas obras colectivas posiblemente tendrán mayor aceptación porque reflejan lo que la gente espera y desea.

Cuando uno deja de lado el principio de autonomía, renuncia a la creación colectiva y pretende imponer sus gustos y preferencias a las personas, obligándolas a soportar los principios que recoge la legislación. Activar la autonomía nos acerca por ello a un mundo más flexible y, por tanto, que responde a la realidad de las cosas.

Ello es indiscutible en la esfera contractual, donde la autonomía privada es la regla. No vemos por qué ello no puede ser igual en la esfera de las titularidades exclusivas como la propiedad. Sin duda le corresponde a la ley definir cuándo una relación se opone a terceros. Pero le corresponde al titular del derecho decidir si quiere o no incurrir en los costos para hacer que tal oponibilidad entre en vigencia. Ello nos dará un sistema de propiedad más completo en el que no es el legislador el que completa la obra, sino cada uno de los individuos que intercambian su propiedad en el mercado. Con esa regla la propiedad ya no será más una obra inconclusa. ¹⁵