

Protección a terceros adquirentes en el Código Civil: orientaciones y desorientaciones^(*)

Salvador del Solar Labarthe

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Jefe de Prácticas de Derecho Civil (Reales) en la PUCP. Ex miembro del Consejo Directivo de IUS ET VERITAS.

I. INTRODUCCIÓN.

En una sociedad que económicamente se organiza teniendo como base al intercambio, la principal labor del Derecho, respecto de las relaciones patrimoniales en las que dicho intercambio se desarrolla, consiste en brindar seguridad a los sujetos que participan del mismo.

Teóricamente, el intercambio constante de recursos en la sociedad debe traer como consecuencia la paulatina asignación de dichos recursos hacia sus usos más eficientes. De esa manera, los recursos se despla-

zan hacia las personas que los valoran más, hasta llegar a un punto en el que se ubican con quienes los valoran más que nadie, vale decir, con quienes les dan su uso más eficiente⁽¹⁾.

Dicho desplazamiento de recursos hacia sus usos más valiosos, supone que los sujetos alcanzan una situación superior a la que tenían con anterioridad al intercambio, ya que lo que los sujetos buscan al realizarlo es la maximización de su propio interés⁽²⁾. De esa manera, los sujetos sólo se desprenden de los recursos de los que son titulares cuando le otorgan un mayor valor a los recursos que otro sujeto les ofrece a cambio⁽³⁾,

(*) Muchas de las ideas e inquietudes que se plantean en el presente trabajo se han originado en las discusiones al interior de las prácticas del curso de Derechos Reales, tanto con las personas con las que tuve y tengo el agrado de compartir la jefatura de prácticas como con los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos que han pasado por ella. Este artículo es un testimonio de mi agradecimiento a todos ellos.

(1) Este intercambio constante hasta llegar al uso más eficiente de los recursos no se consigue siempre en la realidad. Para que ello ocurra es necesario encontrarse en una situación en la que los denominados "costos de transacción" -la totalidad de costos en que es necesario incurrir para celebrar un contrato- sean lo suficientemente bajos como para permitir que se produzca el intercambio entre el actual titular del recurso y un sujeto capaz de brindarle un uso más eficiente o el uso más eficiente.

(2) La idea de que las personas buscan siempre la maximización de sus beneficios encuentra su fundamento, por un lado, en el principio de "soberanía del consumidor", en virtud del cual se asume que cada persona sabe lo que es bueno para ella misma y, por otro, en el concepto del "hombre económico", que supone que las personas actúan movidas por el egoísmo, en constante busca de ganancias. Sobre el tema, ver: KENNEDY, Duncan. "El papel del Derecho privado en el desarrollo de una economía de mercado". En: DE TRAZEGNIES, Fernando. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho, materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, págs. 38-42. También: MILL, John Stuart, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando, "El Derecho civil frente a la post-modernidad". En: Derecho No. 45, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1991, pág. 294.

(3) Así, si Juan tiene un bien al que él otorga un valor de 100, sólo intercambiará ese bien con Pedro si éste le ofrece una cantidad mayor. Si esto ocurre (por ejemplo, si Pedro ofrece 120), Juan le entregará el bien a cambio. Del mismo modo, si Pedro ha entregado a Juan los 120 con los que contaba es porque, para Pedro, el bien de Juan tiene mayor valor que sus 120, pues nunca los hubiera pagado si valorara dicho bien por menos de tal cantidad. Se generan, entonces, dos consecuencias que son las dos caras de la misma moneda: por una parte, el recurso objeto del intercambio -el bien de Juan- se ha desplazado hacia una persona que lo valora más que él; y por otra, tanto Juan como Pedro han alcanzado una situación superior en relación a aquélla en la que se encontraban con anterioridad al intercambio.

consiguiendo así la maximización de sus beneficios, los mismos que, finalmente, no sólo son considerados como beneficios individuales, sino también como beneficios del conjunto de la sociedad, desde que se asume que los beneficios de ésta son la suma de los que generan sus integrantes⁽⁴⁾.

La maximización de beneficios a través del intercambio constituye, por tanto, el eje central de una sociedad que se organiza económicamente en base al mercado.

Sin embargo, el intercambio no se lleva a cabo de manera gratuita. Nadie puede pedir algo a cambio de nada. Es indispensable desprenderse de ciertos recursos para conseguir la titularidad de otros que se consideran de mayor valor, y ello implica arriesgarse. En términos utilizados por Bullard⁽⁵⁾, ello implica entrar a una dinámica que supone abandonar un "status de partida" para alcanzar un "status de llegada".

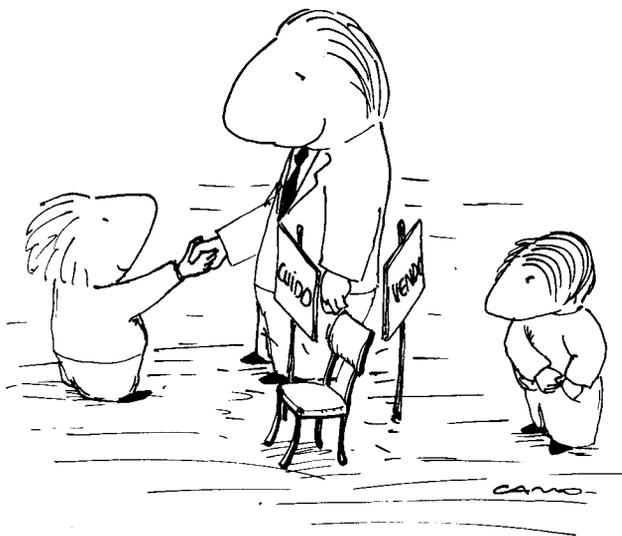
Si los sujetos no creen tener las garantías necesarias para asumir el riesgo que implica abandonar su propio status en busca de otro superior, no lo abandonarán; preferirán la seguridad de su status actual por encima de la superioridad de aquél al que no tienen certeza de acceder; así, si el intercambio no se realiza⁽⁶⁾, los recursos no se desplazan hacia sus usos más eficientes, los sujetos dejan de maximizar sus beneficios y, en la misma medida, la sociedad deja de obtenerlos.

El ordenamiento debe, entonces, reducir los riesgos inherentes a la realización del intercambio; los sujetos deben tener la seguridad de que se convertirán en titulares de los recursos que desean para, de esa manera, desprenderse de sus propios recursos y dar fluidez al tejido general de intercambios que alimenta el espiral ascendente hacia la eficiencia social.

En tal sentido, garantizarle a los sujetos que se convertirán en titulares de ciertos recursos equivale a decir, en sentido negativo, que se les garantiza que ninguna otra persona lo será. En otras palabras, hay que garantizarle a cada sujeto que será titular del recurso de que se trate con absoluta exclusión de los demás para incentivarlo a entablar una relación de intercambio.

En ese orden de ideas, la función del Derecho consiste en ofrecer un marco normativo que, brindando a los sujetos la posibilidad de excluir a los demás, constituya un incentivo para la realización del intercambio. Ello implica que el ordenamiento tome una opción muy clara: proteger a los sujetos adquirentes⁽⁷⁾.

Pero, como toda decisión política, optar por proteger los intereses de cierta clase de sujetos supone necesariamente afectar de alguna manera los intereses de otros. En este caso, la seguridad que el ordenamiento pretende dar a los adquirentes en la relación de intercambio alcanza tanta importancia que, bajo ciertas circunstancias, se les reconoce la titularidad que han recibido aunque el transferente de la misma no sea el verdadero titular.



Ello constituye una sólida garantía para los adquirentes, pero al mismo tiempo atenta contra los derechos de los verdaderos titulares, los mismos que ni siquiera toman parte de la relación de intercambio en la que el adquirente es protegido. De esa forma, la protección de los adquirentes alcanza un grado tan alto, que el derecho que éstos adquieren será defendido aunque ello suponga perjudicar a los verdaderos titulares.

(4) En tal sentido: BENTHAM, Jeremy, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. cit., pág. 294.

(5) BULLARD G., Alfredo. La Relación Jurídico Patrimonial. Lluvia Editores. Lima, 1990, pág. 244.

(6) En caso que no existan las condiciones jurídicas necesarias para la realización de un intercambio seguro, los sujetos tomarán en consideración el riesgo que implicaría llevarlo a cabo. Así, es posible que el intercambio se realice cuando los sujetos consideren que los beneficios que pueden obtener del mismo superan el precio que se encuentran dispuestos a pagar y el riesgo asumido. Sin embargo, el incremento en el valor de intercambio del bien, como consecuencia de añadirle el valor calculado del riesgo, puede originar que el intercambio no se lleve a cabo cuando los sujetos que estarían dispuestos a adquirirlo por su valor real -lo que resultaría eficiente- no lo están respecto al valor que contiene al riesgo añadido. En tales casos, el riesgo cuya existencia estaría permitiendo el Derecho constituye un costo que los sujetos no están dispuestos a asumir.

(7) El término "adquirente" es utilizado en su acepción más amplia, en el sentido que la adquisición realizada por el sujeto puede referirse a cualquier tipo de derecho y no únicamente al derecho de propiedad.

La titularidad que pretende adquirir quien desea cambiar de *status* recibe la protección del Derecho en perjuicio de la titularidad de quien desea mantener el suyo. La dinámica resulta claramente preferida sobre la estática⁽⁸⁾; la condición de adquirente se convierte en una condición privilegiada dentro del sistema jurídico.

No obstante lo anterior, no todo adquirente recibirá el privilegio de esa protección. Las normas que analizaremos a continuación establecen las condiciones en las que dicha protección será otorgada.

En tal sentido, el presente trabajo pretende analizar el sistema de protección a los adquirentes, en orden a determinar con dicho análisis hasta qué punto dicho sistema cumple la función que en los párrafos anteriores hemos atribuido al Derecho.

Siendo el mencionado el supuesto a estudiar, en adelante denominaremos a los adquirentes "terceros", en el entendido que lo son respecto de los verdaderos titulares de los bienes que pretenden adquirir.

II. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A TERCEROS.

En el Código Civil existen varios artículos que cumplen la finalidad de otorgar protección a los adquirentes y que, por ende, podemos ubicar dentro del marco de lo que cabe denominar como el "sistema de protección a terceros". Si bien vamos a analizar hasta cierto punto la mayoría de las normas que lo conforman, centraremos nuestra atención, inicialmente, en el estudio de los artículos 948 y 2014, los mismos que resultan fundamentales en dicho sistema y que permiten entender cabalmente la lógica del mismo.

A continuación analizaremos los supuestos de hecho de las mencionadas normas, de modo que podamos establecer con precisión los alcances de su pro-

tección. Dicho análisis se realizará a partir de los siguientes elementos: (i) titularidades protegidas por las normas; (ii) bienes a los que éstas resultan aplicables; y (iii) requisitos que debe cumplir el tercero para merecer la protección.

III. EL ARTÍCULO 948⁽⁹⁾.

El artículo 948 regula el supuesto conocido como la "adquisición a *non domino*", supuesto mediante el cual la propiedad puede ser adquirida por un tercero a pesar de haberle sido transferida por una persona sin derecho o facultades para hacerlo.

En relación al primer elemento de análisis, dicho artículo se refiere exclusivamente a la transferencia del derecho de propiedad a favor del tercero. Esto resulta indiscutible a partir del propio texto de la norma, el mismo que establece que quien recibe la posesión del bien mueble "como propietario", "adquiere el dominio". En adición a lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el artículo se encuentra ubicado sistemáticamente en el título sobre propiedad del Libro de los Derechos Reales y específicamente, junto con otros dos artículos, en el subcapítulo referido a la transmisión de la propiedad, con lo cual, en principio, excluye de su ámbito de protección a cualquier otra titularidad adquirida por el tercero.

En lo referente al segundo elemento de análisis, resulta muy claro que la norma se refiere a los bienes muebles. No obstante, podría no resultar igualmente claro si comprende también a los muebles registrados⁽¹⁰⁾. En relación a ello, no debemos dejar de tomar en cuenta que la norma se refiere, junto con el artículo 947⁽¹¹⁾ a la transferencia de propiedad de bienes muebles, siendo que ninguna de las dos normas hace distinción entre muebles inscritos y no inscritos. En tal medida, el artículo 948 terminaría siendo aplicable a los bienes

(8) BULLARD G., Alfredo. Op. cit., pág. 244.

(9) "Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción a la ley penal".

(10) Ello se debe a que el Libro de Registros Públicos del Código Civil, en sus Disposiciones Generales, ofrece un sistema de protección a terceros que adquieren derechos sobre bienes inscritos -incluyendo el derecho de propiedad sobre bienes muebles inscritos- sin atender a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles que ha utilizado el legislador encargado del Libro de Derechos Reales. Dicha clasificación, que trae una serie de graves problemas, no pretende ser criticada en el presente trabajo, debido a limitaciones de espacio. Sobre el tema, ver: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Bienes, naturaleza y romanos". En: Derechos Reales, materiales de enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1989. págs. 345-347. JARA FLORES, Humberto. "Clasificación de bienes muebles e inmuebles". En: Derechos Reales, materiales de enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1989, págs. 347-350.

(11) "Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".

muebles en general, incluyendo los muebles inscritos, en la medida que la manera de transmitir la propiedad sobre dichos bienes es una sola⁽¹²⁾.

Sin embargo, será necesario confrontar esta norma con el artículo 2014 para delimitar de manera más precisa su alcance, ya que dicha norma también contempla a los muebles inscritos, mientras que el artículo 948 aparentemente identifica a los bienes muebles con los no registrados⁽¹³⁾. Por ahora, dejaremos este punto pendiente para intentar darle solución al analizar el artículo 2014, momento en el que contaremos con mayores elementos para ello.

Por último, en lo referente al tercer elemento de análisis, el artículo exige al tercero dos requisitos: que tenga buena fe y que reciba la posesión del bien mueble objeto de la transferencia.

La buena fe a la que se refiere la norma es la que en doctrina se conoce como "buena fe creencia" o "buena fe subjetiva"⁽¹⁴⁾, en el sentido de que el tercero cree que su contraparte es titular del derecho que le está transfiriendo o se encuentra, en todo caso, facultado legalmente para hacerlo; o, desde un punto de vista negativo, que el tercero desconoce que su contraparte carece de derecho o de facultades para transferir la titularidad de que se trata.

En otras palabras, estamos hablando de un problema de información. Así, el tercero tendrá buena

fe si la información con la que cuenta le permite creer que la otra parte es titular del derecho que pretende transferirle o, en sentido negativo, si carece de información sobre su falta de titularidad.

El ordenamiento ha decidido proteger a los terceros de buena fe porque ellos, en base a la información que manejan, tienen confianza en que adquirirán el bien sobre el que están contratando. No protegerlos equivaldría a privar de seguridad al sistema de intercambio, pues los terceros dejarían de tener una confianza absoluta en sus adquisiciones, con las consecuencias que ello implica. En cambio, en el caso de los terceros de mala fe, no existe ninguna confianza que proteger, pues éstos cuentan con información que les indica que el transferente no es titular del bien que les ofrece.

Sin embargo, se trata de una información o carencia de información cuya probanza, por lo general -debido justamente a su carácter subjetivo-, resulta extremadamente difícil. Por ello, el ordenamiento recurre a una serie de presunciones, las mismas que serán consideradas como fuente de información de los terceros⁽¹⁵⁾. Es así como el artículo 912 del Código establece que, salvo prueba en contrario, los poseedores serán reputados propietarios⁽¹⁶⁾. Siguiendo ese orden de ideas, el ordenamiento considerará que el tercero que contrata con un poseedor de un bien no inscrito⁽¹⁷⁾, recibe como información que dicho poseedor es propietario del

(12) Hay que mencionar, sin embargo, que el artículo 947 es explícito al señalar que el mecanismo de transferencia por él recogido se aplicará "salvo disposición legal diferente", lo que según Bullard, "hace una clara alusión a aquellos bienes muebles registrables cuya transferencia puede confiarse a un mecanismo más eficaz e inequívoco como es el registro" (BULLARD, Alfredo. Op. cit., pág. 284).

Si bien coincidimos con ello, en la actualidad no existe ninguna disposición legal que establezca al registro como constitutivo de derechos sobre muebles, lo que sí ocurriría si la Comisión Revisora hubiera aceptado los criterios propuestos por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, tanto en el proyecto de 1981 de dicha comisión como en la ponencia del mismo año de Lucrecia Maisch von Humboldt y en el anteproyecto de 1980 presentado por Jorge Avendaño.

Pero al no haber sucedido así, la transferencia de propiedad de bienes muebles registrados y no registrados se consigue únicamente con la tradición a su acreedor.

Las referencias a los proyectos, anteproyectos y ponencias de las Comisiones Reformadora y Revisora han sido tomadas de: REVOREDO, Delia, Código Civil. Parte I, Antecedentes legislativos y comparación con el Código de 1936, tomo I.

(13) Ello se deduce de la revisión de sus antecedentes. Así el artículo 980 del Proyecto de 1981 de la Comisión Reformadora, señalaba lo siguiente: "Artículo 980.- Cuando se hiciere tradición de un bien **no registrado** y el adquirente lo recibiere de buena fe y como propietario, adquirirá el derecho de propiedad. Se exceptúan de esta regla los bienes robados y perdidos".

Fuente: REVOREDO, Delia. Op. cit. Parte I, Tomo I, pág. 910.

(14) Sobre buena fe, ver: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles". En: Derecho Nº 41, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1987, págs. 159-226.

(15) En términos económicos, la extrema dificultad para la probanza de la buena fe supone que los costos en los que habría que incurrir para realizarla resultan extremadamente altos. Desde este punto de vista, la existencia de las presunciones implica una reducción considerable de dichos costos.

(16) "Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito".

(17) Hablamos de bienes no inscritos porque los bienes inscritos brindan una doble información: la de su posesión, si alguien los posee, y la que contiene el registro. En la medida que la presunción del artículo 912, con la que hemos hecho el ejemplo, se basa sólo en la información que fluye de la posesión y excluye expresamente su aplicación cuando se trata de bienes inscritos, lo preciso es referirse a los no inscritos. Además, como ya se ha indicado, más adelante delimitaremos con precisión el alcance del artículo 948 con respecto a los bienes inscritos.

bien. En base a esta información el tercero merecerá ser calificado como de buena fe mientras no se pruebe que contaba con información de otras fuentes en sentido contrario.

Por último, la norma exige que el tercero reciba la posesión del bien. Esta exigencia resulta correcta pues, como hemos visto, la norma se refiere exclusivamente a la transferencia de propiedad de bienes muebles, resultando por ello lógico y necesario, conforme a los requisitos que el propio Código establece para dicha transferencia, que se efectúe la tradición al acreedor.

En relación a ello, aunque consideramos acertada esta exigencia, no creemos que su fundamento último se encuentre en la transferencia del derecho de propiedad. Es decir, el hecho que la norma exija la tradición se debe, en nuestra opinión, antes que al poder traslativo que tiene la tradición, al poder publicitario de la posesión, ya que la tradición transmite la posesión y es ésta la que constituye el máximo signo de publicidad -de información- de los derechos que se adquieren sobre bienes no inscritos. En todo caso, si se ha elegido la tradición como mecanismo constitutivo de la propiedad mueble, esto se debe justamente al mencionado poder publicitario que genera la posesión⁽¹⁸⁾. En tal sentido, convenimos con Boza cuando señala que "...la publicidad (...) no se origina por el acto

de la entrega, que (...) suele permanecer oculta a los terceros, sino por la situación jurídica que la entrega origina: la posesión como estado es el elemento publicitario"⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, no toda tradición genera una posesión capaz de dar publicidad a la transmisión de derechos, pues la tradición ficta, con excepción del caso de la *traditio brevi manu*⁽²⁰⁾, supone jurídicamente realizada una tradición a pesar de que el bien materia del contrato no ha llegado físicamente a poder de su acreedor, es decir, del tercero. Y es que la tradición ficta es una creación jurídica que tiene como finalidad ahorrar formalidades que resultarían absurdas en determinados supuestos, en orden a considerar efectuada la transferencia de propiedad, pero que no ha tenido entre sus objetivos otorgar publicidad a la transferencia realizada. El legislador ha considerado conveniente sacrificar la publicidad de las transferencias para evitar un innecesario doble desplazamiento de los bienes⁽²¹⁾. En esa medida, quien adquiere la posesión en virtud de una tradición ficta, con la salvedad hecha líneas arriba, no da publicidad a su titularidad y no puede generar la presunción del artículo 912. Al fin y al cabo, podríamos decir que se trata también de una suerte de "posesión ficta"⁽²²⁾.

En consecuencia, lamentablemente, el funda-

(18) La publicidad exigida como una suerte de incentivo a la retroalimentación del sistema; una vez que el tercero hace pública la adquisición de su titularidad, las demás personas reciben información sobre la existencia de su nuevo *status*, de manera que, si bien para el tercero se trata de un punto de llegada en el intercambio realizado, para la sociedad se trata de un nuevo punto de partida a partir del cual el intercambio volverá a generarse. Es importante por ello, que el tercero dé publicidad a su condición de titular, pues si no lo hace, las demás personas creerán que el punto de partida del cual pueden adquirir el bien se encuentra en poder de otro que, a pesar de no tener derecho, sí genera una presunción en tal sentido. La publicidad, entonces, resulta de importancia trascendental en la protección de los derechos adquiridos por el tercero, pues sólo cuando éste hace pública su adquisición, las demás personas toman conocimiento de que el tercero es el nuevo titular del bien, de modo que cuentan con una información que les impide alegar buena fe en el caso de que contraten sobre el mismo bien con cualquier otra persona. Es, en consecuencia, a través de la publicidad de los derechos adquiridos que se logra excluir absolutamente a los demás; cuando todos conocen la existencia de un derecho a favor de una persona, el ordenamiento los obliga a respetarlo. Recibida esta información por las personas que perciben su posesión -universo dentro del cual pueden hallarse potenciales adquirentes del derecho del tercero-, éstas sólo podrán adquirir la titularidad ostentada por el tercero a través de la celebración de un contrato con él. No hay que dejar de mencionar que la existencia jurídica de esta información se debe al ya mencionado artículo 912, pues es a partir de la presunción establecida por este artículo que se considera que el poseedor "informa" a los demás acerca del derecho que tiene -la norma habla del derecho de propiedad- sobre lo que posee.

(19) BOZA DIBÓS, Beatriz. Transferencia de los bienes no registrables. Naturaleza jurídica de la tradición. Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, 1986, pág. 40.

(20) En esta clase de tradición ficta la publicidad sí se consigue porque el bien permanecerá en posesión de quien adquiere el derecho, pues éste ya poseía dicho bien, bajo otro título, con anterioridad a la transferencia. Esta tradición ficta es consagrada, junto con la *constitutio possessorium*, en el inciso primero del artículo 902.

"Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.

2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito".

(21) Dicho sacrificio trae como costo que, en los casos en que la transferencia de propiedad de bienes muebles se realiza mediante una tradición ficta, se generan los mismos problemas que existen con el régimen de transferencia de propiedad de bienes inmuebles que nuestro Código ha consagrado en el artículo 949.

(22) Sobre tradición ficta ver: TORRES MENDEZ, Miguel. "La transferencia de propiedad de los bienes muebles incorporales en el Código Civil". En: Derecho Nº 45, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1991, págs. 159-175.

mento para el otorgamiento de titularidad que brinda esta norma no es en todos los casos la publicidad de los derechos que adquiere el tercero, ya que en los casos de tradición ficta que hemos mencionado, la propiedad se le otorga sin la verificación de publicidad alguna. A pesar que la exclusión absoluta sólo se logra a través de la publicidad, la norma cede en la exigencia de este requisito, toda vez que se trata, a fin de cuentas, de una norma reguladora de la transferencia de propiedad.

Queda entonces delimitado el alcance del artículo 948, en lo referido a su aplicación general. Teniendo como apoyo al artículo 912 -fuente de información presunta que califica la buena fe y justifica la protección-, se otorga la titularidad, una vez recibida la posesión, a los sujetos de buena fe que adquieren la propiedad de bienes muebles; dicha adquisición, por lo demás, puede ser a título oneroso o gratuito.

Sin embargo, la regla de protección que establece el artículo 948 admite, en su propio texto, dos excepciones: los bienes perdidos y los adquiridos con infracción a la ley penal. Por lo tanto, cuando, a pesar de cumplirse con todos los elementos del supuesto de hecho recién analizado, el bien materia del contrato sea un bien que el vendedor encontró perdido o robó o hurtó⁽²³⁾, el tercero de buena fe que actúa basado en la confianza que le brinda la posesión del vendedor no se

convertirá en propietario; será tan sólo un poseedor ilegítimo de buena fe. En esa medida, como acabamos de señalar, la única vía que le quedará para adquirir la propiedad será la prescripción.

En consecuencia, estas excepciones introducen un riesgo que los terceros deberán tener en consideración para el intercambio de bienes muebles. La protección que les brinda el ordenamiento no es absoluta; la simple posesión de bienes muebles no registrados por parte de los vendedores no significa una seguridad total; el intercambio no encuentra un contexto normativo de garantía similar al que fue descrito en la introducción del presente trabajo.

No obstante ello, y más allá de las razones que hayan llevado al legislador a introducir esas excepciones⁽²⁴⁾, el hecho es que, casi en la totalidad de los casos, el riesgo que su existencia supone para los terceros es mínimo, en atención a las pocas probabilidades de demostrar que bienes que por lo general resultan de difícil identificación se hayan perdido o hayan sido objeto de robo o hurto.

En esos casos, en la medida que los riesgos no alcanzan un valor considerable, el intercambio muy probablemente se llevará a cabo. Por el contrario, si los riesgos merecen ser tomados en consideración, debido a un alto grado de identificación de los bienes (por ejemplo en caso de cuadros famosos o piezas de mu-

(23) En relación a estas excepciones, discrepamos con Bullard cuando señala que "...el código debería admitir que la adquisición "a non domino" no sea posible en la primera operación de intercambio. Pero en la segunda, donde la posibilidad de conocer el origen ilícito u obscuro del bien se va diluyendo, la adquisición debería ser válida, pues en todo caso, está el requisito de la buena fe para proteger al propietario del adquirente malicioso" (BULLARD, Alfredo, Op. cit., págs. 286 y 287). Más allá del tema referido al costo que la existencia de dichas excepciones origina en el sistema de intercambios -en el que coincidimos con el citado autor en relación a que se abre una puerta a la inseguridad-, nos adherimos a la opinión de quienes señalan que las excepciones resultan de aplicación siempre que, a lo largo de la cadena de transferencias un vendedor haya caído en alguno de los supuestos mencionados. Lo contrario haría carecer de todo sentido a las excepciones, pues las haría aplicables a una sola transferencia, con lo que se privaría del derecho de propiedad al primer adquirente pero no al que posteriormente le compre el bien, lo que supondría una discriminación sin fundamento entre dos personas que tienen buena fe. Sin embargo, esto no quiere decir que los bienes perdidos, robados o hurtados nunca pueden ser adquiridos por un tercero de buena fe, ya que esto es posible una vez transcurrido el plazo de la prescripción.

(24) Puede decirse que estas excepciones, independientemente de las razones que haya tenido el legislador para incluirlas, resultan ineficientes en la medida que impiden la existencia de una seguridad absoluta para el intercambio.

Sin embargo, podría interpretarse que, en la mayoría de los casos puede resultar deseable, en términos de eficiencia, que dichas excepciones existan. Grafiquemos esto con un ejemplo. Si Juan, habiendo robado un bien a Pedro, lo vende a un tercero, podemos tener la certeza que dicho tercero valora el bien más que Juan, pero no podemos saber si lo valora más que Pedro, su propietario original. Así, en el supuesto de que no lo valore tanto como Pedro, el bien se habrá desplazado hacia un uso menos eficiente; y ello no resulta perjudicial sólo para Pedro, sino también, como hemos visto, para toda la sociedad. Del mismo modo, cuando un sujeto encuentra un bien perdido y luego lo vende, nada nos garantiza que el comprador valore el bien más que el propietario que lo extravió. En consecuencia, ambos casos encierran la posibilidad de que los bienes se desplacen hacia un uso menos eficiente, y entonces, resultaría eficiente haber consignado las excepciones del artículo 948.

Pero lo interesante es que, este ejercicio que acabamos de realizar para señalar que las excepciones podrían resultar eficientes es perfectamente aplicable no sólo a ellas, sino también a todo el artículo 948, incluyendo su regla general pues, al igual que en el caso de las excepciones, nada nos garantiza que el tercero protegido por dicha norma valore el bien más que su propietario original. Esto nos llevaría a concluir que el artículo 948, en su contenido principal, puede resultar ineficiente, lo que implicaría una contradicción muy seria en relación a la función que teóricamente debe cumplir.

Sin embargo, ello no es así. Si bien consideramos correcto el análisis que acabamos de realizar y entendemos que efectivamente la norma permite que los bienes se desplacen a usos menos eficientes -lo que implica que su existencia genera un costo social-, dicho análisis ha sido realizado sin tomar en cuenta un costo: el costo de la no existencia de la norma; y es que, evidentemente, los costos que asume la sociedad con la existencia de esta norma son mucho menores que los que se generarían sin ella.

seo), se incrementarán las posibilidades de que el intercambio no se realice⁽²⁵⁾.

IV. EL ARTÍCULO 2014⁽²⁶⁾.

La otra norma base del sistema de protección a los terceros es el artículo 2014.

Esta norma, ubicada en el Libro de Registros Públicos, presenta varias diferencias con el artículo 948. La primera de ellas radica en que no restringe su aplicación a la protección del derecho de propiedad, sino que utiliza una fórmula cuya amplitud admite la tutela de cualquier titularidad adquirida por el tercero, de manera que éste podrá conseguir la protección de la titularidad que adquiera como propietario, arrendatario, usufructuario, acreedor hipotecario, etc.

Es importante destacar que el artículo protege titularidades adquiridas por el tercero, ya que, salvo los casos en que lo señala expresamente la ley⁽²⁷⁾, el registro no resulta constitutivo de derechos en nuestro ordenamiento, razón por la cual la norma señala que el tercero "...mantiene su adquisición...", en una clara alusión a la constitución anterior de la titularidad.

Por otra parte, en lo que toca al tema de los requisitos que debe cumplir el tercero, la norma exige que éste tenga buena fe y que inscriba su derecho. Estos dos requisitos corresponden a los exigidos al tercero

por el artículo 948, con las diferencias que necesariamente se presentan en el campo registral.

En lo que se refiere a la buena fe del tercero, es necesario establecer con toda claridad que la norma no exige una clase especial de buena fe, diferente a la exigida por el artículo 948. Ambas normas exigen exactamente lo mismo: la creencia por parte del tercero en la existencia del derecho o las facultades de su contraparte para transferir la titularidad de que se trate o el desconocimiento de su falta de derecho o facultades para transferirla. Sigue siendo, como en el caso del artículo anterior, un problema de información, con la particularidad de que el ordenamiento considerará al registro como una fuente adicional de la que el tercero también recibe información⁽²⁸⁾.

Al igual que con el artículo 948, teniendo en cuenta que el conocimiento o desconocimiento de información por parte del tercero es una cuestión subjetiva y, por ende, de difícil probanza, el sistema se apoya en las presunciones para conseguir un diagnóstico sobre su buena o mala fe. En este caso, son dos las presunciones que sustentan la protección otorgada por el artículo 2014.

En primer lugar está la presunción del artículo 2013⁽²⁹⁾, en cuya virtud se presume que el contenido de las inscripciones es verdadero. Esta presunción cumple una función equivalente a la del artículo 912 en relación

(25) Las excepciones del artículo 948 encuentran un límite para su aplicación en el artículo 1542 del Código Civil, el mismo que también forma parte del sistema normativo de protección a terceros.

"Artículo 1542.- Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que corresponden contra quien los vendió indebidamente".

Este artículo sí otorga una protección absoluta al tercero que compra bienes muebles en tiendas o locales abiertos al público, pues toma en consideración que no sólo se trata de la confianza que la posesión del vendedor genera en el tercero, sino también de la confianza "extra" que implica estar comprando en un establecimiento comercial. Para proteger esta doble confianza, el legislador no ha admitido excepciones. Resulta, sin embargo, interesante anotar que el legislador ha omitido mencionar el requisito de la buena fe en el tercero adquirente. ¿Quiere esto decir que un tercero de mala fe puede ser amparado por esta norma? Consideramos que no, en el entendido de que el sistema de protección a terceros está basado en la protección de la confianza de éstos, la misma que no se ve afectada -y por ende no es necesario defender- en el caso de terceros de mala fe.

(26) "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 los registros públicos.

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

(27) Por ejemplo, la hipoteca y la prenda con entrega jurídica.

(28) En relación a la información que el tercero recibe del registro, consideramos que su buena fe debe evaluarse sólo en función de la información contenida en los asientos registrales y no atendiendo a los títulos que les dieron origen, pues entendemos que antes de la inscripción de un derecho en dichos asientos, los registradores han debido determinar la inexistencia de vicios que podrían invalidar tal inscripción. En todo caso, resulta más eficiente -y menos costoso para las investigaciones registrales- que sean ellos los que revisen los títulos y no los terceros. De esa manera, no cabría alegar mala fe respecto de un tercero que adquirió un derecho de quien aparecía facultado en el asiento registral, aunque las causas de la anulación, rescisión o resolución del derecho del otorgante consten en los títulos que dieron origen a los asientos registrales, pero no en éstos.

(29) "Artículo 2013.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o declare judicialmente su invalidez".

al artículo 948, pues es la encargada de brindar información al tercero acerca del derecho que tiene su contraparte sobre el bien materia del contrato. Así, a la persona con derecho inscrito se le presume titular de dicho derecho de la misma manera que al poseedor se le presume propietario. Amparado en esa información y en la ignorancia de cualquier otra en sentido contrario, el tercero tendrá buena fe.

“... en el artículo 948 concurren dos funciones: la de constitución de derechos y la de protección absoluta de los mismos (...). En cambio, el artículo 2014 cumple únicamente la función de otorgar protección absoluta a los derechos que se adquieran sobre bienes registrados”

Sin embargo, la mencionada subjetividad sobre el conocimiento o desconocimiento de la información por parte del tercero, queda relativizada desde que los registros públicos contienen información de manera objetiva acerca de los derechos existentes sobre los bienes inscritos. Siendo esto así, el ordenamiento busca incentivar al tercero para que acuda a los registros, de manera que tenga conocimiento de esa información. Este incentivo, que termina siendo una exigencia, se encuentra contenido en el artículo 2012⁽³⁰⁾, norma que presume, sin admitir prueba en contrario, que el tercero conoce la información contenida en los registros. En consecuencia, si el registro tiene información acerca de la falta de derecho o facultades de su contraparte, el

tercero no tendrá buena fe, aunque el transferente hubiera tenido la posesión del bien y el tercero verdaderamente desconociera la información registral.

Como vemos, el mecanismo registral para el establecimiento de la buena fe resulta más sofisticado que el mecanismo posesorio pues, mientras el artículo 912 tan sólo nos permite presumir la buena fe del tercero que contrata con el poseedor del bien -función que, como ya hemos señalado, cumple el artículo 2013 cuando el tercero contrata con quien tiene derecho inscrito-, el artículo 2012 nos permite presumir, sin admitir prueba en contrario, la mala fe del tercero que contrata con el poseedor de un bien que está inscrito a nombre de otra persona.

En este último caso, la información que otorga la posesión no es suficiente para que el tercero tenga buena fe, pues la presunción del artículo 912, que sí admite prueba en contrario, se ve destruida por la existencia de la información registral que señala a otra persona como titular de los derechos que el tercero pretendía adquirir.

El segundo requisito que la norma exige al tercero corresponde también a su similar del artículo 948. En dicho artículo, lo que se exigía además de la buena fe era que el tercero reciba la posesión del bien, mientras que en el artículo 2014 se le exige que realice la inscripción de su derecho.

Los dos artículos brindan la protección al tercero -es decir, le garantizan el goce de su derecho con exclusión de los demás- sólo desde el momento en que éste utiliza el mecanismo de publicidad adecuado -el registro o la posesión, dependiendo de que se trate, respectivamente, de bienes inscritos o no inscritos- para informar a los demás sobre la existencia de la titularidad que ha adquirido. Antes de ello, al tercero no se le permite excluir, pues no resulta lógico que a los demás se les exija respetar un derecho cuya existencia no han tenido la posibilidad de conocer⁽³¹⁾.

Pero, como hemos visto respecto a la buena fe, existe una diferencia entre el poder publicitario de la posesión y el del registro. Cuando el tercero recibe la posesión del bien no inscrito, da publicidad a su adquisición y genera la presunción del artículo 912 a su favor.

(30) "Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

(31) Así, si el tercero no ha recibido la posesión o no ha inscrito su derecho, en la medida que el bien permanece en posesión del transferente o de otro sujeto o inscrito a nombre de cualquiera de éstos, las demás personas, de acuerdo a la información que reciben a través de la posesión o del registro, creerán que el titular del bien continúa siendo el transferente o el otro sujeto, ignorando por completo la transferencia que se ha realizado a favor del tercero. De esa manera, en caso de contratar con el otro sujeto, tendrán buena fe y serán protegidos. Si, por el contrario, como ya hemos señalado, el tercero utiliza el mecanismo de publicidad que corresponde, el ordenamiento, en base a sus presunciones, asumirá que las demás personas han tomado conocimiento de la transferencia de titularidad, de modo que no podrán alegar buena fe. Sobre este tema ver: BULLARD G., Alfredo. "Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble". En: Derecho N° 45, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1991, págs. 131-157, págs. 139 y 140.

Pero en cuanto se desprende de su posesión, aun sin haber transmitido ningún tipo de derecho sobre el bien, la presunción se traslada al nuevo poseedor, de manera que cualquier persona podrá tener buena fe si compra el bien a este último. El ordenamiento brinda al tercero el poder de excluir a los demás cuando recibe la posesión, pero ese poder sólo subsiste mientras éste la mantenga.

En cambio, cuando el tercero inscribe su derecho, no sólo informa a los demás de su adquisición, sino que, en virtud de la presunción contenida en el artículo 2012, elimina por completo la posibilidad de que alguien desconozca su derecho, de manera que, aunque el bien se encuentre en posesión de otro, ningún sujeto tendrá buena fe si se lo compra a ese poseedor. En otras palabras, se elimina la posible buena fe de cualquier persona que pretenda adquirir el bien de quien no sea el que ha inscrito su derecho sobre el mismo. Y esa es la mejor manera de proteger un derecho pues, en un sistema en el que se protege a los adquirentes de buena fe, se despoja a todos los potenciales adquirentes de la buena fe que podrían alegar respecto del bien sobre el que se ha adquirido un derecho.

A partir de este análisis, podemos reafirmar lo que señalamos al momento de analizar el artículo 948, en el sentido que la exigencia al tercero para que reciba la posesión del bien -con la salvedad del problema generado por la tradición ficta- encuentra su fundamento en el poder publicitario de la posesión y no en el poder que la ley le otorga para transferir propiedad, ya que, por su parte, en el artículo 2014, es el registro el que brinda la protección, a pesar de que no se le reconoce el poder de constituir derechos, sino tan sólo el de dar publicidad a la adquisición de los mismos.

Es, en definitiva, la publicidad sobre los derechos que ha adquirido el tercero la que elimina la posibilidad que los demás tengan buena fe, consiguiendo con ello su exclusión absoluta.

En tal sentido, la protección absoluta de la titularidad adquirida sobre un bien inscrito, sea éste mueble o inmueble, se alcanza sólo a partir de la inscripción de dicha titularidad en el registro, ya que antes de ello, puede haberse adquirido la titularidad -por el sólo contrato, en el caso de los inmuebles, o por un contrato seguido de una tradición, en el de los muebles-

pero sin que ésta pueda oponerse de manera total y absoluta.

Por último, la norma bajo análisis resulta aplicable a los bienes que se encuentran inscritos, sean éstos muebles o inmuebles. En consecuencia, el artículo bajo comentario resulta, una vez más, de un alcance mayor que el artículo 948, en la medida que no queda restringido exclusivamente a los bienes muebles.

En este punto, resulta pertinente retomar el tema que quedó pendiente en el análisis del artículo 948, en relación a si éste es aplicable a todos los bienes muebles o solamente a los bienes muebles no inscritos. Para ello, tenemos que partir del hecho de que el artículo 2014, como acabamos de señalar, sí resulta aplicable para el caso de bienes muebles inscritos, con lo cual, si el artículo 948 también los contempla, contaríamos, aparentemente, con dos normas que otorgarían soluciones distintas a un mismo problema.

Como permite apreciar la lectura de las normas, cada una de ellas da un alcance diferente a la solución del problema; mientras el artículo 948 establece que el tercero será propietario desde que reciba la posesión del bien, el artículo 2014 señala que éste mantendrá su adquisición una vez que inscriba su derecho. Estos alcances, sin embargo, no implican soluciones opuestas, sino complementarias, ya que el artículo 2014 reconoce la constitución anterior del derecho -mediante la tradición-, señalando únicamente el requisito que se debe cumplir para que la adquisición resulte inatacable. En consecuencia, las dos normas resultan aplicables para el caso de los bienes muebles registrados, cada una con el alcance antes señalado⁽³²⁾.

De esta forma, queda analizado el supuesto de hecho del artículo 2014, norma que otorga protección a los terceros de buena fe que adquieren cualquier derecho sobre bienes registrados, siempre que la adquisición sea a título oneroso⁽³³⁾.

V. DIFERENCIAS EN LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS ANALIZADAS.

A estas alturas, el análisis realizado sobre los dos artículos que constituyen la base del sistema de protección a terceros y sobre las normas que les resultan

(32) Obviamente, hay que hacer salvedad de los bienes muebles cuya transferencia, por disposiciones especiales, sólo queda constituida con la inscripción, casos en los cuales el único artículo aplicable será el 2014.

(33) A diferencia del artículo 948, esta norma sólo otorga protección a los terceros cuando la adquisición se realiza onerosamente. Se considera que cuando el tercero no ha realizado ningún sacrificio patrimonial para obtener la titularidad, nada perderá cuando ésta le sea retirada, de modo que no se le otorga protección.

complementarias, nos permite vislumbrar de manera clara, aunque general, el funcionamiento de dicho sistema.

Es preciso, sin embargo, llevar la comparación entre dichas normas hacia otros aspectos que van más allá de los elementos de análisis que hemos utilizado como instrumentos metodológicos para hallar las diferencias o similitudes existentes entre éstas.

En tal sentido, resulta necesario comparar la función que cada uno de estos artículos cumple dentro del sistema, de manera que podamos lograr mayor precisión en cuanto a los alcances de la aplicación de los mismos. Este análisis nos revelará con mayor claridad la existencia de una diferencia entre las dos normas que, si bien puede apreciarse de lo revisado con anterioridad, no ha sido señalado de manera expresa y resulta de gran importancia.

El artículo 948, que sin duda es una norma fundamental del sistema de protección a terceros, es también, sin embargo, una norma que se ocupa de la transmisión del derecho de propiedad, lo que la "obliga", como ya hemos comentado, a considerar transmitida la propiedad a terceros en ciertos casos en los que no se cumple con los requisitos para otorgar la protección pero sí con las exigencias requeridas para la transferencia de dominio.

En otras palabras, en el artículo 948 concurren dos funciones: la de constitución de derechos y la de protección absoluta de los mismos. Ello no es un problema, sino que, por el contrario, resulta óptimo, pues la coincidencia entre los mecanismos de transferencia de derechos y los mecanismos de publicidad adecuados sobre los mismos permite ofrecer la máxima seguridad posible para el intercambio.

Sin embargo, en el artículo 948 tal coincidencia se presenta únicamente respecto de las transferencias de bienes muebles no registrados que son efectuadas por tradición física o entrega, mas no respecto de las transferencias efectuadas por tradición ficta y tampoco respecto de las que, a pesar de realizarse por tradición física, suponen la transferencia de bienes registrados. En estos dos últimos casos, el artículo 948 termina

cumpliendo únicamente la función de declarar la constitución del derecho de propiedad pero no la de otorgar protección absoluta, ya que, en el primero de ellos, no existe ninguna publicidad sobre la transferencia realizada y en el segundo, si bien se da la publicidad posesoria, ésta no es la que consigue la máxima oponibilidad cuando se trata de bienes inscritos.

En cambio, el artículo 2014 cumple únicamente la función de otorgar protección absoluta a los derechos que se adquieren sobre bienes registrados, sin atender al tema de su constitución. En ese orden de ideas y en la medida que se trata de una norma unifuncional, que no atiende a ningún tipo de requisitos que no sean los que correspondan a su propia función, el artículo 2014 no analiza si se ha realizado una tradición ficta o física o si se ha cumplido con cualquier solemnidad necesaria para que el ordenamiento considere transferido el derecho de propiedad o cualquier otro derecho, sino que simplemente verifica si se ha cumplido con utilizar el mecanismo de publicidad adecuado. Si hay publicidad en los términos exigidos se brinda la protección; si no la hay, aunque se haya constituido cualquier titularidad, no se otorgará protección alguna.

Lo importante del análisis recién efectuado es que nos permite asumir como regla general que, al enfrentarnos a normas cuya única función, teniendo como fundamento a la publicidad, es la de otorgar protección a terceros respecto de derechos previamente adquiridos, tendremos que atender solamente a que dicha publicidad sea efectivamente conseguida, mediante posesión o registro, dependiendo del caso. En esta clase de normas, por tanto, la protección se otorga en base a los mecanismos de publicidad y no en base a los de transferencia de derechos.

VI. APROXIMACIÓN A LAS NORMAS DE CONCURRENCIA DE ACREEDORES.

Teniendo en cuenta lo señalado al final del punto anterior, resulta pertinente analizar los artículos 1135, 1136 y 1670⁽³⁴⁾, normas que, resolviendo los conflictos

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

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

"Artículo 1670.- Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta".

de concurrencia de acreedores, también forman parte del sistema de protección a terceros⁽³⁵⁾.

La diferencia entre las normas que hemos revisado con anterioridad y las de concurrencia de acreedores radica en la especialidad del conflicto que estas últimas se encuentran llamadas a resolver. Ante una pluralidad de sujetos que detentan la calidad de acreedores de algún derecho sobre el mismo bien, estas normas tienen como función señalar cuál de dichos acreedores será preferido. Como puede apreciarse, se trata de normas que comparten las características propias de aquéllas que se encuentran destinadas a proteger los derechos de los terceros adquirentes.

Así, exigen, en primer término, que los acreedores tengan buena fe, siguiendo el principio de protección a la confianza cuya existencia hemos verificado en las normas anteriores.

De otro lado, salvo el caso del artículo 1670, que es una norma especial, se otorga protección a la adquisición de cualquier titularidad, ya que al interior de la concurrencia puede haber acreedores reclamando derechos diferentes sobre el mismo bien.

Además, resulta claro que se trata de normas que, al igual que el artículo 2014, notienen como finalidad constituir derechos, sino otorgar protección a terceros que, pudiendo tener derechos constituidos o no, cumplen con los requisitos para merecer tal protección.

Finalmente, y esto constituye una característica esencial del sistema, la preferencia o protección de estas normas se otorga primeramente al acreedor que ha hecho uso del mecanismo de publicidad exigido por la norma, de manera que el fundamento principal de su protección, la razón última para garantizarle a un acreedor la exclusión de los demás es, al igual que las normas previamente comentadas, la publicidad.

En resumidas cuentas, podemos concluir que se trata de normas que, al no cumplir una función constitutiva, sino tan sólo de protección a los terceros, comparten en buena medida la unifuncionalidad del artículo 2014 y que, en tal sentido, brindan su protección atendiendo únicamente a sus propios requisitos, es decir, sólo cuando los terceros utilizan los mecanismos

de preferencia específicamente establecidos por ellas.

Es necesario realizar un breve análisis de dichos mecanismos, pues, para resolver la especial clase de problema que les compete, las normas de concurrencia no sólo otorgan preferencia en base a la publicidad de los derechos adquiridos, sino también tomando en cuenta a un criterio distinto a la publicidad, a falta de ésta.

Las tres normas cuentan, básicamente, con dos mecanismos de preferencia. Se prefiere en primer lugar al acreedor que ha dado publicidad a su derecho, aunque el título en virtud del cual se produjo su adquisición sea posterior al de los otros acreedores; y en segundo lugar, si ninguno de los acreedores ha hecho publicidad de su adquisición, se prefiere al acreedor que demuestre tener un título más antiguo, vale decir, que pruebe haber contratado antes que los demás con el transferente de la titularidad. De modo que sólo a falta de publicidad, el ordenamiento atiende a un criterio de temporalidad.

Los mecanismos de preferencia que se basan en la publicidad, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, son, en orden de importancia, el registro y la posesión. Así, el mecanismo máximo para otorgar la preferencia en el artículo 1135 es el registro, mientras que en el artículo 1136 es la posesión. Por su parte, el artículo 1670 contempla ambos mecanismos, otorgando preferencia primero a quien inscribe y, a falta de inscripción, a quien recibe la posesión del bien. En ninguno de estos casos interesa si el acreedor preferido contrató un día o un año después que el otro o los otros acreedores; se atiende a la publicidad de los derechos y no a su antigüedad.

El principio en base al cual se ha elegido en primera instancia a los signos de publicidad para otorgar preferencia es el mismo que sostiene a la publicidad como fundamento de la protección a terceros en las normas que hemos revisado inicialmente; se protege al tercero cuando, por la inscripción de su derecho o por su posesión, hace saber a las demás personas que es el nuevo titular del derecho de que se trata⁽³⁶⁾.

Solamente cuando ninguno de los acreedores haya hecho público su derecho por medio de la posesión o el registro, dependiendo de cada artículo⁽³⁷⁾, la

(35) Sobre concurrencia de acreedores en el Código Civil peruano ver: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., págs. 194 y ss.; BULLARD, Alfredo. "Un mundo sin propiedad", págs. 149 y ss.; y, especialmente, HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores". En: *Ius et Veritas*, No. 7, noviembre 1993, págs. 185 a 193.

(36) Al respecto, revisar la nota a pie de página número 18.

(37) El artículo 1135 sólo reconoce como mecanismo publicitario para otorgar preferencia al registro, sin tener en cuenta a la posesión, como si no existieran inmuebles no inscritos; y, por su parte, el artículo 1136 sólo considera a la posesión y no al registro, como si no existieran bienes muebles registrables. Este "olvido" del legislador, como lo llama Hernández, encuentra su origen, al igual que otros graves problemas que ya hemos mencionado en este trabajo, en el sistema de clasificación de bienes adoptado por el Código Civil.

preferencia se basará en el principio "primero en el tiempo, primero en el derecho", eligiéndose al acreedor que demuestre haber contratado antes que los demás.

En consecuencia, retomando el tema de la unifuncionalidad de estas normas, la protección que las mismas otorgan al acreedor preferido atenderá únicamente a la utilización de los mecanismos de preferencia, ya sean basados en la publicidad de los derechos o en la antigüedad de los mismos, y en ningún caso se atenderá a los requisitos exigidos para la constitución de dichos derechos, ya que, a diferencia del artículo 948, no se trata de normas que se ocupen de dicho tema⁽³⁸⁾. Como consecuencia de lo anterior, las normas de concurrencia de acreedores no toman en consideración a la tradición ficta como parte de los mecanismos de preferencia, ni en el ámbito de la publicidad, ya que tal tipo de tradición no la genera, ni en el de la temporalidad. Comprobemos esto a partir de un ejemplo.

Aurelio celebra un contrato de compraventa por escritura pública con Rodrigo sobre un bien mueble de su propiedad y posteriormente, sin haber entregado la posesión a Rodrigo, celebra otra compraventa sobre el mismo bien con Gerónimo por documento privado, bajo la condición de conservar dicho bien como arrendatario durante cierto plazo, de manera que, en principio, Gerónimo se convierte en propietario del bien en virtud de una tradición ficta (*constitutum possessorium*) y Aurelio mantiene la posesión del mismo en calidad de arrendatario.

Como hemos visto, las normas de concurrencia de acreedores, al igual que el artículo 2014 y a diferencia del artículo 948, se aplican en base a sus propios mecanismos de protección o preferencia, sin atender al tema de la constitución de derechos. Por ello, poco importa

en el ejemplo que Gerónimo sea legalmente considerado propietario.

Aplicando el artículo 1136, desde que se trata de una concurrencia sobre un bien mueble, habría que verificar, inicialmente, si algún acreedor ha hecho pública su adquisición mediante el mecanismo que tal norma contiene para otorgar preferencia, es decir, mediante la posesión.

En tal sentido, según la ley, Gerónimo se ha convertido en poseedor -y en propietario- como consecuencia de la tradición ficta. Además, el artículo 1136 se refiere simplemente al acreedor al que el deudor hizo tradición del bien, sin distinguir entre tradición física o ficta. Ello nos puede llevar a afirmar que, desde que Aurelio hizo tradición del bien a Gerónimo, éste sería el acreedor preferido.

Pero si, como hemos visto, las normas de concurrencia acuden a la tradición en la medida que ésta transmite la posesión en su calidad de signo publicitario, es obvio que la interpretación que debemos hacer sobre la tradición debe restringirse a aquella tradición que efectivamente transmite una posesión capaz de dar publicidad.

Es, pues, indispensable darle a la tradición ficta los alcances justos para los cuales ha sido creada y, en esa medida, resulta imperativo descartar interpretaciones que le atribuyan funciones que sobrepasan los límites de la única función que ésta tiene, a saber, evitar el doble desplazamiento de los bienes muebles exclusivamente en los casos en que se pretende transferir el derecho de propiedad sobre los mismos⁽³⁹⁾.

En refuerzo de lo recién señalado, cabe citar un caso más de concurrencia de acreedores que es regulado por nuestro Código Civil. Nos referimos al segundo

En tal sentido, la norma que recoge de manera correcta el orden de preferencias a seguir, aunque referido únicamente a la concurrencia de acreedores arrendatarios, es el artículo 1670, que sin hacer distinción entre clases de bienes, prefiere al acreedor que inscribió su derecho y, a falta de inscripción, al que primero entró en posesión del bien (HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. Op. cit., págs. 190 y 192-193).

(38) Se ha llegado a discutir si estas normas cumplen o no una función constitutiva. En relación a ello, si asumimos que un derecho queda constituido recién desde que su titular puede efectivamente excluir a los demás para ejercerlo -como sería eficiente que fuera-, las normas de concurrencia de acreedores, en los casos que otorgan preferencia en base a los mecanismos de publicidad señalados por ellas, resultarían constitutivas.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, como se ha señalado, no se hace coincidir la transferencia o constitución de los derechos con su oponibilidad absoluta, de modo que los derechos pueden considerarse constituidos legalmente aunque en la realidad no resulten oponibles de manera total. En consecuencia, en el estado actual de nuestra normativa, no podemos considerar a las normas de concurrencia como normas constitutivas.

Podemos decir, no obstante, que en algunas ocasiones se trata de normas extintivas, pues, al tiempo que eligen al acreedor preferido, en muchos casos traen como consecuencia la extinción de derechos que el ordenamiento consideraba ya constituidos en favor de otros acreedores.

(39) Sólo a modo de ejemplo, resulta conveniente observar el caso de la prenda, la misma que se considera constituida mediante la entrega física o jurídica del bien, entendiéndose por entrega jurídica la inscripción de la prenda en el registro correspondiente al bien gravado. Obviamente, la figura de la tradición ficta no tiene ningún tipo de aplicación en este campo, demostrándose como el legislador se ha preocupado más de la coincidencia entre la publicidad de los derechos y su constitución en el campo de las garantías que en el de la transferencia de propiedad. En el mismo sentido, estudiando cualquier otra institución o contrato se podrá comprobar como la tradición ficta no tiene ninguna otra

párrafo del artículo 903⁽⁴⁰⁾, el mismo que, compartiendo las características principales de las normas de protección a terceros, acude una vez más a la publicidad para resolver problemas que no deben ser confundidos con los de transmisión de derechos, haciendo expresa referencia a la entrega, para no utilizar el ambiguo concepto de tradición.

En la medida que, en el ejemplo, ninguno de los acreedores ha recurrido al mecanismo publicitario recogido por el artículo pertinente, tal como lo hemos interpretado, la concurrencia debe resolverse atendiendo a los mecanismos de temporalidad y, en el ejemplo, es Rodrigo quien tiene un título más antiguo, el mismo que además permite tener certeza sobre su fecha por tratarse de una escritura pública; por lo tanto, será él el preferido.

VII. LIMITACIONES EN LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LAS NORMAS DE CONCURRENCIA DE ACREEDORES.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien se trata de normas que no tienen como finalidad constituir derechos sino únicamente preferir a uno entre varios acreedores para asignarle el goce exclusivo de su derecho, cuando la preferencia se otorga en base a los mecanismos de temporalidad, la protección absoluta del derecho del acreedor preferido no se presenta, pues, dicha protección sólo se consigue, como reiteradamente se ha visto, a través de la publicidad.

En ese orden de ideas, el acreedor que, a falta de publicidad, es elegido porque demostró haber contratado con anterioridad a los demás, sólo recibe una protección relativa de su derecho, pues es preferido frente a los otros acreedores pero no frente al resto de personas que no han tomado conocimiento de su adquisición y que, por ende, tendrán buena fe si adquieren alguna titularidad sobre dicho bien de quien lo posee o lo tiene inscrito a su nombre. De ese modo, cualquier persona que tenga buena fe -incluyendo a los

acreedores que fueron descartados en la concurrencia-, que adquiera alguna titularidad sobre el mismo bien y luego acceda al mecanismo publicitario señalado por la norma, opondrá al acreedor anteriormente elegido un derecho más fuerte, terminando por extinguir el que aquél había adquirido.

Sin embargo, el problema recién señalado puede ocurrir no sólo en los casos de utilización de mecanismos basados en la temporalidad, sino también cuando un acreedor, a pesar de haber sido preferido en base a un mecanismo de publicidad, no ha utilizado el mecanismo máximo de publicidad en relación al bien cuya titularidad ha adquirido. Así, un arrendatario que es preferido en aplicación del artículo 1670 por haber entrado en posesión del bien arrendado, no podrá oponer su derecho al arrendatario de buena fe que posteriormente consiga la inscripción de su derecho.

Lo que queremos remarcar es que, si bien las normas de concurrencia de acreedores forman parte del sistema de protección a terceros, no siempre solucionan los problemas de concurrencia otorgando un derecho protegido de manera absoluta, ya que, como se indicó al momento de comenzar el análisis de las mismas, la especialidad del problema que están llamadas a resolver hace que tengan que aplicar un sistema gradual de mecanismos de preferencia, dentro de los cuales no todos son capaces de brindar la exclusión absoluta de los demás.

De manera que la función de la concurrencia de acreedores no es siempre la de otorgar a uno de los acreedores la posibilidad de gozar de su derecho excluyendo de manera absoluta a los demás, sino la de preferir, dentro un grupo de acreedores determinados a uno de ellos, permitiéndole que excluya, en principio, tan sólo a los acreedores restantes.

En tal sentido, si un acreedor es preferido en aplicación del artículo 1136, en una concurrencia sobre un bien mueble registrado, por haber recibido la posesión del mismo, tal preferencia no le otorgará la posibilidad de excluir de manera absoluta a los demás, pues

aplicación que no sea la que el legislador le ha otorgado en el campo de la transferencia de propiedad. Por ello, mal haríamos en aplicarla en el campo de la concurrencia de acreedores.

Siendo esto así, cabe realizar una severa crítica de fondo a la manera como se ha utilizado la tradición ficta en nuestra legislación, pues si lo que buscaba el legislador era simplemente transferir la propiedad evitando desplazamientos innecesarios de los bienes muebles, simplemente ha debido declarar que en determinados supuestos también se entiende transferida la propiedad, pero nunca debió haber utilizado como medio para ello a la posesión, pues, como ya hemos manifestado, en términos reales, la tradición ficta -con la excepción de la *traditio brevi manu*- no transfiere la posesión y mucho menos su poder publicitario.

(40) "Artículo 903.- Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario".

(El remarcado y el subrayado son nuestros).

si otra persona de buena fe adquiere un derecho sobre el mismo bien y lo inscribe en el registro correspondiente, el derecho de esta última persona será protegido por aplicación del artículo 2014 y, si la existencia de tal derecho es incompatible con la del acreedor inicialmente preferido, el derecho de éste se extinguirá⁽⁴¹⁾.

VIII. VACÍOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A TERCEROS.

Luego de analizadas las principales normas que conforman el sistema de protección a los derechos de terceros adquirentes, es conveniente que revisemos, aunque sea brevemente, algunos de los supuestos que tal sistema no ha contemplado, al menos, de manera expresa.

En primer lugar, no existen normas que otorguen protección a los terceros que adquieren derechos diferentes al de propiedad respecto de bienes muebles no registrables. En tal sentido, el artículo 948, como vimos en su momento, hace referencia exclusiva al derecho de propiedad, lo que genera la impresión de que ningún otro derecho podría resultar protegido.

Dicha norma sólo contempla tal derecho porque, a diferencia del registro, la posesión no permite dar a conocer el derecho exacto que detenta el poseedor. Por eso, el artículo 912 presume que el poseedor es propietario, pues es la única información que puede conllevar la posesión por sí misma. El poseedor, en la gran mayoría de los casos, aparenta tener calidad de propietario y no cualquier otra calidad⁽⁴²⁾.

Además, el artículo 948 es una norma que por principio está destinada a constituir el derecho de propiedad, pues éste se constituye con la tradición, mientras que los demás derechos que pueden recaer sobre bienes muebles no registrados, salvo el de prenda -que tiene su normativa especial-, no requieren de la tradición, sino simplemente del contrato, para quedar constituidos.

Sin embargo, no cabe duda de que cualquier derecho adquirido sobre un bien mueble no registrado

sólo alcanza su protección absoluta a través de la posesión, pues ésta constituye, como sabemos, el máximo mecanismo de publicidad respecto de dicha clase de bienes.

De los dos párrafos anteriores deducimos con total claridad que tampoco existe, en el ámbito de los derechos diferentes al derecho de propiedad -si se quiere, derechos menores-, coincidencia entre los mecanismos de transferencia o constitución de tales derechos y los de su protección absoluta.

Pero la pregunta central para ver si existe o no vacío en la protección de los denominados derechos menores sobre bienes muebles no registrables es si, una vez que el tercero recibe la posesión del bien, después de haber celebrado el contrato, la protección absoluta se le otorga aunque el transferente del derecho de que se trate careciera de facultades para realizar dicha transferencia.

Si bien el artículo 948 no contiene un supuesto de hecho que resulte aplicable a las transferencias de la clase de titularidades que estamos analizando, lo cierto es que constituye un referente muy importante a partir del cual pueden obtenerse conclusiones igualmente importantes. En este sentido, estamos de acuerdo con quienes señalan que, si un tercero puede adquirir la propiedad -que es el derecho máximo- y recibir la protección absoluta del ordenamiento valiéndose únicamente de la posesión de su transferente, resulta indiscutible, entonces, que puede recibir dicha protección respecto de cualquiera de los derechos menores.

No existe pues, un vacío respecto a la protección absoluta de los derechos menores, sino tan sólo una falta de regulación expresa en relación al tema.

Queda por revisar, no obstante, el caso de los bienes inmuebles no inscritos, en relación a los cuales el Código no establece un mecanismo de protección absoluta como el que acabamos de analizar para el caso de los bienes muebles no registrados.

En tal sentido, a pesar de que el artículo 912 presume que todo poseedor de bienes no inscritos es propietario sin hacer distinción entre bienes muebles e

(41) En el caso que el acreedor preferido hubiera adquirido el derecho de propiedad y la persona que luego inscribió su derecho hubiera adquirido la titularidad de arrendatario sobre el mismo, el derecho del acreedor inicial no se extinguiría, pues no existe incompatibilidad en la existencia de ambos derechos. Por el contrario, si la persona que inscribió su derecho hubiera también adquirido el derecho de propiedad, la evidente incompatibilidad que surgiría traería como consecuencia la extinción del derecho de propiedad del acreedor inicialmente preferido.

(42) Puede haber situaciones, sin embargo, en las que la posesión, gracias al contexto en que se presenta, brinde una información más depurada y específica sobre el derecho de los poseedores. Así, por ejemplo, puede presumirse que la pareja que utiliza un bote en la laguna de un parque de diversiones no es propietaria del mismo, sino tan sólo usuaria temporal o arrendataria, salvo prueba en contrario. En casos como el del ejemplo, no puede un tercero ampararse en la presunción del artículo 912 para alegar buena fe y reclamar el derecho de propiedad sobre el bote que una pareja muy amable le vendió a un módico precio, ya que, aunque la persona, por ingenuidad, hubiera creído firmemente que la pareja era la propietaria del bien, las circunstancias objetivas eran lo suficientemente contundentes para destruir dicha presunción.

inmuebles, el legislador no ha incluido a los bienes inmuebles en el artículo 948. Ello resulta incoherente con el contenido de tal presunción, pues no es lógico considerar propietario a un sujeto -aun cuando no lo sea- y no considerar transmitida la propiedad cuando éste la transfiera a un tercero.

Acudiendo una vez más a los antecedentes, resulta pertinente recordar que el proyecto de 1981 de la Comisión Reformadora establecía en su artículo 980⁽⁴³⁾ que para el caso de los bienes no registrados -muebles o inmuebles- el adquirente que recibiera de buena fe y como propietario la posesión del bien mediante tradición adquiriría el derecho de propiedad; de modo que originalmente se había pensado incluir a los bienes inmuebles no registrados en lo que después ha terminado siendo el artículo 948.

La no inclusión de los inmuebles en el artículo 948 y la consecuente inexistencia del supuesto de la adquisición a *non domino* en el Código Civil ha ocasionado, en definitiva, un grave vacío en el campo de protección a terceros, el mismo que no significa otra cosa que falta de seguridad para los terceros, con los riesgos y costos a nivel de la sociedad que este desincentivo al intercambio origina.

IX. REFLEXIONES SOBRE EL PROBLEMA DEL VACÍO EN LA PROTECCIÓN.

Sin embargo, cabe preguntarse si la regulación propuesta por la Comisión Reformadora, que resultaba por demás coherente con el sistema por ella planteado, constituía una solución adecuada al problema.

La pregunta medular al respecto es si verdaderamente cabe aplicar la presunción contenida en el artículo 912 a los poseedores de inmuebles no inscritos. ¿No hay acaso alguna diferencia entre un mueble no registrado y un inmueble no registrado? O, para ser más precisos, ¿no existen diferencias entre un mueble **no registrable** y un inmueble no registrado?

No cabe duda que, en respuesta a la primera pregunta, no hay diferencia entre un mueble no registrado que sea registrable y un inmueble no registrado, ya que, por lo general o siempre, los inmuebles cumplen con las características para ser registrables.

En ese orden de ideas, "serían registrables los bienes que tuvieran los requisitos siguientes:

- 1) Notable valor económico;
- 2) Existencia duradera (es decir, susceptibles de uso reiterado, con lo cual se excluyen los bienes consumibles);
- 3) Individualidad autónoma que los identifique y diferencie de los otros objetos de su misma especie"⁽⁴⁴⁾.

Si asumimos, por una parte, que éstas son las características de los bienes registrables y, por otra, que los bienes inmuebles son generalmente registrables, en respuesta a la segunda pregunta podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que existe una importante diferencia entre los muebles no registrables y los inmuebles; y es que, obviamente, hay diferencias entre los bienes registrables y los no registrables.

“...si bien las normas de concurrencia de acreedores forman parte del sistema de protección a terceros, no siempre solucionan los problemas de concurrencia otorgando un derecho protegido de manera absoluta ...”

Siendo esto así, parece fundado señalar que no cabe un igual tratamiento para dichos tipos de bienes, ya que, mientras en el caso de los bienes no registrables es posible afirmar que "la posesión vale título"⁽⁴⁵⁾, no puede decirse lo mismo en relación a los bienes registrables; así, no cabe afirmar que un poseedor es propietario de una casa o de un yate con la misma facilidad que puede hacerse una afirmación como esa respecto del poseedor de un reloj o de un par de zapatos.

(43) Ver nota a pie de página número 13.

(44) FERRARA citado por DE CASTRO en: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Garantías, materiales de enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1991, pág. 87.

(45) BOZA DIBÓS, Beatriz. "La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables". En: *Thémis*, Revista de Derecho, segunda época, No. 4, julio 1986, pág. 65.

Con esto no pretendemos negar, en modo alguno, que la posesión tenga efectos publicitarios respecto de los bienes registrables. Es cierto que la posesión también genera una apariencia de derecho en dichos bienes, pero también es verdad que tal apariencia es de menor grado que la que se genera respecto de los no registrables, razón por la cual también debe ser menor el grado de confianza generado en los terceros.

Es por tales razones que consideramos que la presunción del artículo 912 debe ser aceptada como fuente de información capaz de calificar a un tercero como de buena fe solamente para el caso de los bienes no registrables. En cambio, para el caso de los bienes registrables, consideramos necesario que el tercero, en orden a ser amparado en su adquisición, esté respaldado por información que no sólo provenga de la posesión, sino también de otras fuentes distintas a ella.

Esas fuentes de información pueden ser, entre otras, el tiempo durante el cual se ha poseído, la existencia de un contrato de compraventa mediante el cual el poseedor haya adquirido la propiedad, la existencia de recibos de pago correspondientes a servicios de agua, electricidad, teléfono o al pago de impuestos municipales que se encuentren a nombre del poseedor y, en general, cualquier otra circunstancia que permita complementar de una manera más sólida la información que brinda la simple posesión.

Somos conscientes de que, en la misma medida que exigimos requisitos adicionales para la adquisición de titularidades sobre bienes registrables no inscritos, incrementamos el costo que implica dicha adquisición, tornando más oneroso el intercambio. No obstante, consideramos, por una parte, que no se trata de un costo que resulte exagerado o excesivo y, por otra, que se trata de un costo que resulta justificado toda vez que se aplica a la transferencia de bienes que, como hemos visto, se caracterizan por tener un "notable valor económico".

X. COMENTARIO FINAL.

La importancia que en la sociedad actual tiene el mercado, obliga al sistema jurídico a buscar, básicamente dos objetivos: por un lado, la seguridad en el intercambio de los bienes y, por otro, la disminución de los costos que la realización del mismo implica. El énfasis desmesurado por alcanzar uno solo de estos objetivos trae como directa e inevitable consecuencia, la imposibilidad de alcanzar el otro en una medida adecuada. Es necesario, entonces, realizar una equilibrada combinación de esfuerzos hacia ambos objetivos en orden a alcanzar una mejora social en términos de eficiencia económica.

En tal sentido, un sistema como el nuestro, en el que no se da en todos los casos la coincidencia entre los mecanismos de publicidad y los mecanismos de transferencia de derechos, puede ser conceptualizado como un sistema que, por ganar en lo que se refiere a reducción de costos, pierde en lo referido a seguridad, de manera que los costos que teóricamente se ahorran al no exigir en todos los casos los mecanismos de publicidad adecuados -como en la transferencia de propiedad de bienes inmuebles o en la de muebles que se realiza por tradición ficta- se asumen, y en mayor magnitud, al no poder ofrecerle a los sujetos una seguridad absoluta que los incentive de manera eficiente al intercambio.

Tal diagnóstico hace necesario que establezcamos con precisión la diferencia existente en nuestro sistema entre la función constitutiva de los derechos y la función publicitaria de los mismos, de manera que no nos consideremos capaces de gozar de nuestras titularidades de manera exclusiva cuando, a pesar de haber "adquirido" legalmente un derecho, no contemos con la protección absoluta del mismo. Esperamos que el presente trabajo sea una contribución hacia ese objetivo. ■