

# PARCHANDO EL CÓDIGO: LA REFORMA “A MEDIA CAÑA” DEL LIBRO DE REALES

**Alfredo Bullard G.\***  
Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*El interés social entre los límites a las facultades que otorga el derecho de propiedad, la prohibición de enajenar o gravar un bien, así como la confrontación del derecho de propiedad adquirido por prescripción y de aquél que adquiere su derecho del titular registral, son algunas de las modificaciones que fueron propuestas por la Comisión Reformadora del Código Civil; ante ello surge la duda: ¿Son eficientes estas propuestas?*

*Alfredo Bullard se zambulle en estos temas, en análisis de los presupuestos que posee una reforma que clama por convertirse en realidad, pero que, a criterio del autor, debe realizarse de manera íntegra y coherente con una modificación del sistema en sí. De esta manera, plantea una serie de reconocimientos y críticas al proyecto planteado por la Comisión Reformadora del Código Civil; trayendo de vuelta una vieja propuesta que aún no logra su plasmación legislativa: la clasificación de los bienes en registrados y no registrados.*

---

\* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados.

## I. INTRODUCCIÓN.

Hacer las cosas a la mitad nunca es la mejor solución. Quien decide quedarse a medio camino nunca llega a su destino. Eso mismo ocurre con la reformas conformistas que, por temor a ser tildadas de revolucionarias o avezadas, deciden ser reformas de “media caña”. Renuncian a resolver problemas y se conforman a ser paliativos. Y los paliativos no curan las enfermedades. Sólo alivian el dolor.

Eso es lo que está ocurriendo con la reforma del Libro de Reales —y me temo con todo el resto de paquetes de reformas que se están planteando para el resto del Código. Se conforman con quedarse a mitad de camino.

No planteo un cambio radical e integral del Código. No es ni bueno ni necesario. Pero sí creo que hay que extirpar lo que está obviamente mal. No se trata de sacarle el brazo al enfermo, si sacándole el tumor lo podemos salvar. Pero tampoco se trata de sacarle medio tumor por miedo a que se diga que se está sacando demasiado.

Lo curioso es que las reformas apuntan en la dirección correcta. En principio, y con algunas precisiones, concuerdo con ellas. Pero el problema no es lo que hacen, sino lo que dejan de hacer. Al parchar el Código parchan sus problemas, no los solucionan. Bajo el parche el problema medular subsiste y con ello se mediatizan los efectos del cambio.

En esa línea en el presente trabajo vamos a explicar por qué es importante reforzar el corazón del Libro de Reales: el derecho de propiedad, y en particular, el sistema de transferencia de la misma.

Por razones de espacio no comentaremos todos los cambios. Nos centraremos en los que más impactan a la propiedad: (i) la eliminación del límite de interés social en el artículo 923 del Código Civil; (ii) la relativización temporal del límite a las prohibiciones de enajenar y gravar del artículo 882 del Código Civil; y, (iii) el cambio en el régimen de prescripción para precisar que la prescripción adquisitiva no puede oponerse al adquirente registral de buena fe (artículo 952 del Código Civil).

Quedaron en el tintero otras reformas relevantes. La más clara —y una de las más

positivas— es el cambio en el régimen de la hipoteca, que elimina las inútiles hipotecas legales y, sobre todo, el cambio del régimen de ejecución, que se asimila al de las garantías mobiliarias, en un cambio que la desjudicializa y aumenta su eficacia reduciendo los costos de transacción en el mercado de crédito.

## II. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD Y LAS FALLAS DEL CÓDIGO VIGENTE.

Las dos características centrales de la propiedad, y que la diferencia de las demás titularidades, la exclusividad y su oponibilidad o carácter *erga omnes*, que no son sino las dos caras de una moneda.

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

En otras palabras la propiedad opera en los hechos como un cerco virtual que rodea al bien y crea los incentivos adecuados. Como dicen los anglosajones *buenos cercos hacen buenos vecinos*, es decir, un buen sistema de propiedad mejora la convivencia y la interacción social.

Cuando el propietario sabe que podrá excluir de manera efectiva a todos, tiene los incentivos para sembrar y hacer producir su predio pues sabe que los frutos de sus esfuerzos no podrán ser apropiados por sus vecinos. Y de la otra mano, sabe que debe usar el predio con cautela, cuidarlo y no sobreexplotarlo, porque si la productividad cae él asumirá el integro de las consecuencias. Ello diferencia la propiedad privada de la propiedad común. En esta última nadie invierte porque los beneficios son comunales, y todos usan sin el mismo cuidado y diligencia, porque los costos son colectivos y se reparten entre todos. Se genera entonces lo que Garret Hardin llamó acertadamente *la tragedia de los comunes*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> HARDIN, Garret. “The Tragedy of the Commons”. En: ACKERMAN, Bruce. “Economic Foundations of

Como señala Demsetz, la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores que el costo mismo de la internalización<sup>2</sup>. Como podemos ver, el costo de internalizar es en realidad el costo que impone el desarrollo de un sistema que permite excluir a los demás. En aquellos casos donde el costo de excluir sea superior al beneficio derivado de la propia exclusión no habrá propiedad, pues ésta se tornaría en irracional.

Así sucede, a título de ejemplo, en el siguiente caso, enunciado por Burton. Si bien ha sido posible establecer un sistema privado de derechos sobre peces y otros animales marinos en criaderos artificiales, en especies como las ostras, las langostas, los róbalo y lenguados –pesca cara y sedentaria–, esto ha sido completamente imposible respecto de bancos de peces migratorios<sup>3</sup>. Pensar el día de hoy en derechos de propiedad sobre este tipo de especies es una ilusión.

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

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

De la misma manera, también aumenta el valor del derecho de propiedad cuando éste me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Así, un derecho que permita sólo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir de ambos aspectos. Por

eso, el derecho de propiedad tiene un valor superior al que tiene un derecho real de uso. En este sentido se pronuncia Pejovich, quien dice que el valor de los bienes depende del contenido de los derechos de propiedad que recaen sobre estos bienes. Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre ésta permite excluir la instalación en el barrio de estaciones de gasolina, plantas químicas, industrias molestas, etc.<sup>4</sup>.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que se derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta y por lo tanto se torna en menos eficiente. La propiedad tiene que ser conocible por aquellos que son precisamente los excluidos. Dentro de esta línea, un sistema basado en el mero consenso para excluir a todos los demás es absurdo, sumamente costoso en términos de incertidumbre y por tanto indeseable. Así surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo en bienes de fácil identificación y de un valor significativo –como un inmueble por ejemplo. En otro tipo de bienes –como un lapicero o una camisa, pensar en un registro de derechos puede ser irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada.

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

Como veremos a continuación las reformas

Property Law”. Boston y Toronto: Little, Brown and Company. 1975. p. 4.

<sup>2</sup> DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: “American Economics Review 57”. 1967. p. 347.

<sup>3</sup> BURTON, John. En el prólogo de CHEUNG. Steven. “El Mito del Costo Social”. Madrid: Unión Editorial. 1990. p. 32.

<sup>4</sup> PEJNOVICH, Svetozar. “Towards an Economic Theory of the Creation an Specification of Property Rights”. En: Review of Social Economics 3. Volumen 30. 1972.

que serán objeto de comentario giran en torno precisamente a este problema: la creación o limitación de los derechos de exclusividad. Por tanto impactan de manera medular en la función económica de la propiedad y al hacerlo afecta directamente el valor de los bienes y el desarrollo económico que su uso y disfrute esta llamado a generar.

### III. LO TUYO NO ES TUYO: EL INTERÉS SOCIAL COMO UN AGUJERO EN LA CERCA Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 923.

Comento un caso real de mi experiencia profesional. Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger dónde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica, reduciendo sus opciones finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle qué quiere decir el 923 del Código Civil<sup>5</sup>. Según este artículo la propiedad es el poder jurídico que permite usar disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran qué cosa quiere decir el “interés social”, la explicación no era muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuáles eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a qué límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado es que invirtió en Chile.

El inversionista vio que el cerco que la propiedad debía crear tenía un agujero. Y lo peor de todo es que nadie podía explicarle cuáles eran las dimensiones efectivas de dicho hueco y qué se podía pasar a través de él. De la misma razón que un agujero en el cerco de tu propiedad no te deja dormir tranquilo, el interés social no permitiría conciliar el sueño al inversionista. Y a la incertidumbre del agujero mismo, se sumaba la incertidumbre de no saber que podía entrar a su propiedad.

De alguna manera estamos frente a un bien parcialmente común, porque si el ejercicio exclusivo contradice el interés social, se puede limitar mi derecho de exclusión. Por ejemplo si mis vecinos desean tener un *club*, y ello es calificado como interés social, podrían

privarme de mi propiedad para tenerlo.

El artículo 923 del Código Civil es, claramente, un problema.

Un punto de partida básico para todo ordenamiento de Derecho Privado es que éste se sustenta en la autonomía privada –por eso es Derecho Privado y no Público. Pero eso es algo que el artículo 923 del Código Civil parece olvidar.

Algunos han justificado la inclusión del interés social en la necesidad de un Código personalista pero a la vez con contenido social. Nada más contradictorio. Lo social niega lo personal de la misma manera como la individualidad es la negación de lo colectivo. Así, se habla de una perspectiva *social*, entendida como un elemento que debe primar sobre la individualidad –lo que de por sí niega el contenido supuestamente personalista del Código. Es decir que se plantea un Derecho Privado que, curiosamente y negando su nombre, privilegia lo colectivo y lo público. En otras palabras niega la primacía de lo privado.

No en vano Hayek, al referirse a nuestro *lenguaje envenenado* hizo especial énfasis en la palabra *social*. Decía que ese adjetivo, unido a cualquier sustantivo, tenía el extraño mérito de convertir dicho sustantivo en su antónimo:

“Así, la justicia social significa sacarles a unos lo que les pertenece para entregárselos a otros, lo cual es contrario a la celebre definición de ULPiano de dar a cada cual lo suyo. La democracia social implica la extralimitación del poder político que desparrama derechos sociales por doquier, lo cual, como hemos subrayado en otra oportunidad y lo reiteramos ahora, se traduce en la negación del derecho, puesto que esta última idea tiene como contrapartida una obligación la que, en este caso, no es posible otorgar sin lesionar derechos de terceros.

Como también hemos apuntado en otra ocasión, las llamadas libertades sociales incurren en el mismo error. En este caso se recurre a un uso metafórico de la libertad extrapolando conceptos tomados de la biología y la física aplicándolos a las relaciones

<sup>5</sup> “Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permita usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”

interpersonales. En este sentido, se dice que una persona no es libre de bajarse de un avión en pleno vuelo, o que no es libre de ingerir arsénico sin padecer las consecuencias, o que no es libre de abstenerse de ingerir alimentos sin morir por inanición o que no es libre porque no puede ir volando a la luna moviendo los brazos, etc.”<sup>6</sup>.

Un *interés social* es precisamente la negación del interés como algo definible. Se convierte en un concepto abstracto, inasible, e imposible de definir. Los intereses son, por definición, individuales y, en consecuencia, no es posible definir un solo interés en un colectivo en el cada quien quiere cosas distintas. Interés social termina entonces siendo lo que interpreta el funcionario de turno, con lo que en el fondo hablamos de un concepto discrecional e indefinible, caldo de cultivo perfecto para el crecimiento de la incertidumbre.

Un Código Civil social, es decir, un Código de Derecho Privado Social es una contradicción en términos, es la negación de su propia función. Es una norma que se orienta a poner límites a la autonomía en lugar de potenciarla. Es una norma que diluye lo privado en un colectivo abstracto donde lo privado pierde toda su esencia. Un Código Civil Social no puede ser civil y social al mismo tiempo como no pueden existir bienes grandes chicos, cosas altas bajas o personas delgadas gruesas.

El resultado es un Código Civil que precisamente sujeta la autonomía privada a reglas que la niegan. Es una autonomía heterónoma, algo así como decir que uno tiene opciones cuando no puede escoger o que uno es libre porque otro —normalmente el legislador— escoge por uno. Y es que la Ley no es la llamada a decidir por los individuos, y por más que un legislador conozca mucho sobre las doctrinas imperantes, los seres humanos, y las empresas, no decidimos sobre la base de doctrinas sino basándose en necesidades concretas. Privarnos de esa decisión o limitarla de manera innecesaria por mérito de la Ley se asimila a una expropiación, sólo que sin pago de indemnización justipreciada o, en otros términos, a una confiscación de nuestra propiedad. Con ello la propiedad no puede cumplir su función.

El proyecto propone un cambio para eliminar esa incertidumbre. El nuevo artículo señalaría:

“Artículo 923.- Noción. Ejercicio.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el *bien común* y dentro de los límites de la ley.” [El énfasis es nuestro.]

La sustitución de *interés social* por *bien común* es un avance importante. El bien común puede ser definido por la no generación de externalidades a la propiedad y derechos de otros en el ejercicio del derecho de propiedad. No se puede contaminar ni hacer ruidos molestos que superen lo razonable. Pero la idea del *club* que beneficia a un grupo social identificable, porque se considera que tienen derecho a algún tipo de tutela, queda descartado. Es el bien común y no el interés social, lo que puede limitar la propiedad.

Bien común son ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos. Son aquellas reglas de convivencia básica que aseguran la interacción sin afectar la individualidad. El bien común puede limitar mi derecho a conducir mi automóvil a exceso de velocidad. Pero no puede autorizar a un grupo que no tiene transporte propio a privarme de mi carro o forzarme a llevarlos a su destino, como sí puede ocurrir si se califica el transporte como de interés social. Sobre la base del interés social se puede expropiar un terreno para construir viviendas populares. Sobre la base del bien común ello no es posible. Sin embargo sí es posible expropiar el mismo bien para construir una carretera que beneficiará a la comunidad.

El interés social permite transmitir derechos de un grupo social a otro. El bien común sólo permite afectar la propiedad en beneficio del bien de todos. El uso del concepto de bien común impide usar la propiedad en beneficio de ciertos grupos específicos.

En esa línea el cambio es más que positivo.

#### IV. PROHIBIDO PROHIBIR: LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y GRAVAR Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 882.

Un inversionista extranjero quería desarrollar un negocio en el país. Para ello debía asociarse con un inversionista nacional. Ello era un elemento esencial, básicamente por el *know how*, por el conocimiento que este inversionista

<sup>6</sup> BENEGAS, Alberto. “Las Oligarquías Reinantes”. Buenos Aires: Atlántida. 1999. pp. 34-35.

peruano tenía del mercado y por la habilidad mostrada al haber actuado antes en el mismo de manera exitosa. Al inversionista extranjero le interesaba no sólo asociarse con este accionista, sino que éste continuara siendo socio durante un período relativamente largo de manera que los accionistas de esta empresa siguieran siendo los mismos en ese período.

Durante la negociación el inversionista extranjero planteó que se estableciera una cláusula en el contrato de asociación por la cual los accionistas nacionales no podían vender sus acciones durante un período de cinco años. Sin embargo, cuando consultó a sus abogados, éstos le dijeron que el artículo 882 del Código Civil<sup>7</sup> prohibió establecer contractualmente la prohibición de enajenar y que en consecuencia no era posible bajo ninguna norma del sistema peruano prohibir que vendiera sus acciones, ni siquiera un sólo día<sup>8</sup>.

¿Por qué se prohíbe a la gente prohibir vender en el futuro? La respuesta que se da es que queremos evitar las famosas propiedades vinculadas, es decir aquellas propiedades que no podían ser vendidas nunca dado que habían salido del mercado como las *manos muertas*, las *capellanías* y situaciones similares. Se prohíbe (por Ley) prohibir (por pacto) qué puedo hacer con mi propiedad. El resultado es una “expropiación” de uno de mis atributos sobre la propiedad, como es la facultad de disposición, pues la misma no debe entenderse sólo como el derecho a vender y disponer de lo mío, sino, evidentemente, el derecho a no vender o no disponer.

En principio, como ya vimos, la función de la propiedad es evitar que se generen lo que se conoce como externalidades o costos a terceros. La propiedad trata de hacer que las personas puedan ser retribuidas con su propia inversión y trata además que las demás personas respeten lo que no es de ellos. Así

el propietario, al excluir a los demás de su propiedad, tiene incentivos para invertir y hacer un uso racional de sus recursos, pues puede apropiarse de lo que obtenga de dicha propiedad. La propiedad trata, de esta manera, de crear los incentivos adecuados para usar los recursos disponibles en la sociedad, buscando que les saquemos el mayor provecho posible.

Evidentemente debe haber límites, pero debe estar referido a la afectación de derechos de terceros, y no está mal que el Código Civil establezca esas limitaciones. Así, no puedo tirar ladrillos a la propiedad de mi vecino diciendo que con esto estoy ejerciendo mi derecho a la propiedad, porque estaré generando externalidades.

Sin embargo, hay algo que no se tiene en cuenta. Muchas veces las externalidades pueden ser no sólo espaciales sino temporales. Así, no sólo puedo generar efectos no contratados a mis vecinos, sino a mis sucesores. Si se establece una facultad de pactar eternamente una limitación a la propiedad puedo cobrar hoy por una cláusula que será pagada por las generaciones futuras que ya no podrán disponer de sus bienes. Esa es la preocupación que generó la norma pero estableció límites que afectaban precisamente a quien libremente podría pactar la limitación.

La respuesta al problema no es pues una prohibición absoluta, sino por el contrario una limitación con un plazo que minimice el efecto de externalidades a los sucesores. Ligar los plazos a términos razonables, pero que no impiden la limitación de manera absoluta, concilia la autonomía con la necesidad de afectar intereses de terceros que no participan en el pacto. Curiosamente el propio Código Civil estableció salidas similares a otros institutos como el usufructo en el que limita su vigencia a plazos razonablemente largos, como la vida del beneficiario en el caso que éste sea persona natural o a treinta años si es persona jurídica<sup>9</sup>, evitando desmembraciones de la

<sup>7</sup> “Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

<sup>8</sup> Afortunadamente, como veremos, por medio del artículo 101 de la nueva Ley General de Sociedades se ha establecido la posibilidad de llevar a cabo este tipo de pactos en relación a acciones. Cuando el caso se presentó esa reforma no se había aún dado. Así, cuando se presentó este caso la operación no fue posible y el cambio que trae la Ley de Sociedades, vigente desde 1 de enero de 1998, no se puede extender a otros bienes distintos a acciones o participaciones.

<sup>9</sup> “Artículo 1001.- El usufructo es temporal. El usufructo constituido a favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste. Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el estado a favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años.”

propiedad demasiado largas como para que afecten a los sucesores futuros<sup>10</sup>.

En esa línea es legítimo establecer pactos que afecten la tasa de retorno que espero obtener de mi propiedad pero ello comienza a ser cuestionable cuando afectan la tasa de retorno futura de personas distintas. Por ello, plazos más largos concilian ambos intereses y evitan absurdos como el que nos genera la norma vigente.

Así, carece de sentido que no se pueda pactar ni siquiera un día, ni dos, ni tres, ni diez años. En ese sentido es conceptualmente acertado el cambio que se propone de mantener un límite no absoluto pero sí temporal a la facultad de disponer y gravar. El proyecto propone la siguiente redacción:

“Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar. Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.”

Se admite un pacto de no enajenación o gravamen siempre que no supere los diez años. Si bien el plazo puede ser muy breve —dada la naturaleza económica de ciertos negocios— es un avance respecto de la norma vigente que impide cualquier pacto al respecto. En ese sentido consideramos que en ciertos casos un plazo mayor puede ser útil y razonable. Treinta años o la vida del beneficiario pueden ser términos que, de manera similar a lo que ocurre con el usufructo, parecen razonables.

El principio contenido en el artículo 882 del Código Civil vigente, su rigidez y, curiosamente, su impacto adverso al tráfico económico, ha traído la aparición de excepciones particulares.

Una de tales excepciones se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades. La mencionada norma señala en su artículo 101:

“Artículo 101.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.

Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no

pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción.”

Excepciones como ésta se explican en que en nuestra opinión, paradójicamente, una norma que trata de justificarse como un mecanismo de protección del tráfico económico, podría estarlo restringiendo.

Es evidente que renunciar a la facultad de disponer y gravar tiene un costo para el propietario. Significa renunciar a la posibilidad de hacer líquido el bien o de usarlo para adquirir financiamiento. Una propiedad a la que se priva de un atributo tan importante como el que permite gravar o disponer, reduce su valor económico y evidentemente vale menos que la misma propiedad con el ejercicio de todos sus atributos sin restricción

<sup>10</sup> Alguien podría afirmar que la idea que se propone no es muy coherente con el caso de las personas jurídicas que en realidad no tienen sucesores que puedan verse afectadas por el pacto eterno de no enajenación. Pero es a es una visión parcial. Finalmente siempre los accionistas o socios de una persona jurídica son directa o indirectamente personas naturales que tendrán sucesores que serán afectados por el impacto que accionistas anteriores admitieron directa o indirectamente.

alguna. Si ello es así, un individuo actuando razonablemente dentro de la esfera de su autonomía privada, sólo aceptará asumir ese costo a cambio de algún beneficio.

Por otra parte, para que alguien esté dispuesto a ofrecer ese beneficio económico, debe tener para él algún valor que el propietario pierda su facultad de disposición o gravamen. Es decir, la existencia de una obligación de no hacer por parte del propietario le reporta algún beneficio por el que la contraparte está dispuesta a sacrificar algo.

Para que el propietario acepte renunciar, la contraparte tendrá que pagarle o compensarle por un valor superior al costo que le significa su renuncia a dicho propietario. Pero la contraparte sólo pagará dicho valor si el beneficio que recibe es mayor que la compensación que otorga.

Eso significa, en buen cristiano, que la *compra* de la renuncia sólo operará si dicha renuncia es valorada por la contraparte en más de lo que el propietario valora sus facultades de disponer o gravar. En pocas palabras la compra de la *renuncia* sólo operará si el beneficio es mayor al costo, es decir si genera un resultado eficiente. Veámoslo con un ejemplo:

Jorge tiene dos casas en la misma calle, una al lado de la otra. Sólo necesita una de ellas para vivir, pero no vende o alquila la otra porque no desea tener un vecino indeseable, que le gusten las fiestas y el ruido. Ello porque Jorge ama la tranquilidad y desea sólo tener vecinos conocidos y que compartan las mismas ideas y principios. Francisco, un amigo de Jorge, sería el vecino ideal, pues ama la tranquilidad y el tener un buen vecino tanto como Jorge.

Ambos ganarían viviendo uno al lado del otro pero Jorge tiene el temor que vendiendo la casa a Francisco, éste a su vez se la venda a un tercero o que la hipoteque, no pueda pagar la deuda y termine un vecino no deseado adquiriéndola en un remate. Por ello, está dispuesto a vendérsela a Francisco siempre que éste acepte no vendérsela a nadie más y renuncie a gravarla.

Imaginemos que el valor en el mercado de la casa es S/. 100,000, cuando Jorge le hace la oferta a Francisco, éste le dice que le interesa pero no al valor del mercado. La razón es evidente: ese valor refleja la posibilidad de

vender luego la casa, es el valor de la casa en posibilidad de ser vendida. Pero una casa sin facultad de disposición vale menos.

Si el precio pactado con la renuncia a vender y gravar fuese de S/. 80,000, ello indica que Jorge valora su tranquilidad y al buen vecino en más de S/. 20,000, que es el sacrificio que se ha hecho respecto al valor de mercado. Por su parte si Francisco acepta pagar S/. 80,000 es porque valora su facultad de disposición en menos de S/. 20,000. Por tanto, Jorge está mejor porque sacrificó S/. 20,000 por algo que valora en más de S/ 20,000, y Francisco está mejor porque recibió un descuento de S/. 20,000 por algo que para él vale menos – su facultad de disponer.

Si los dos ganan y nadie pierde, ¿por qué prohibir ese pacto?

Esa es la misma lógica que explica que dichas limitaciones sí puedan pactarse respecto de acciones de una sociedad mercantil. Si un nuevo inversionista desea que otros accionistas que resultan estratégicos por el negocio no puedan salir de la sociedad, puede pactarlo según el artículo 101 de la Ley General de Sociedades y es evidente que el accionista estratégico recibe algún beneficio que justifica su decisión de aceptar renunciar a la facultad de gravamen y disposición. Posiblemente su interés en el capital o inversión que trae este nuevo inversionista sea razón suficiente, o es probable que el accionista estratégico haya exigido cláusulas o condiciones adicionales a fin de aceptar renunciar a parte de las facultades que le da su derecho de propiedad.

En esa línea, permitir el pacto favorece la inversión, es decir una mayor movilidad de los factores productivos, de la misma manera que permitir que Francisco limite la venta futura permite justamente la circulación del bien, aunque suene paradójico.

Desde ese punto de vista el artículo 882 del Código Civil vigente no parece contener la solución más adecuada. Hasta ahora hemos visto que la regla parece absurda porque ambas partes están mejor con el acuerdo y nadie está peor, por lo que el artículo sólo conduce a afectar y restringir la autonomía privada y los intercambios sin justificación. Pero si el acuerdo afectara a un tercero podría haber una razón para prohibir el pacto.



Imaginemos que Francisco tiene un hijo. De pronto Francisco muere y su hijo hereda la casa adquirida por su padre. Ahora su hijo la quiere vender, pero no puede por el pacto original de su padre con Jorge. Pero él sufre un costo por el que no ha pagado. Y sobre todo Jorge y Francisco, al contratar, no tenían interés en evaluar cuánto se vería afectado el hijo de Francisco. Así el costo asumido por Francisco le fue compensado a Francisco, pero no a sus sucesores por el resto de la historia. De hecho es así como surgieron las propiedades vinculadas como *las manos muertas* o las *capellanías*. No fue en sí misma la restricción la que generó el problema, sino el carácter perpetuo o excesivamente duradero de la misma.

Así, las propiedades vinculadas, sólo aparecen con pactos de no disposición o no gravamen eternos o de plazos muy largos. Pero plazos razonables no generan ese efecto. Por ejemplo, como decíamos, cuando el Código Civil reguló el usufructo evaluó el mismo problema: la aparición de una limitación al derecho de la propiedad por la desmembración del uso y el disfrute. Y los problemas de vinculación podrían aparecer igual si el usufructo fuese eterno, convirtiendo a las generaciones futuras en nuevos propietarios que en el fondo no serían verdaderos propietarios pues sólo tendrían la *nuda propiedad*. Pero en ese caso el legislador dio una respuesta distinta: estableció un límite temporal en lugar de prohibir el usufructo. Así, el artículo 1001 del Código Civil establece:

“Artículo 1001.- Plazo del usufructo.

El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años.”

Como sugeríamos la regla razonable debería ser similar a la del artículo 1001 aplicable al usufructo: treinta años o la vida del beneficiado por el pacto de ser este una

persona natural. Así la norma tendría un sentido equitativo, sin limitar transacciones eficientes pero a la vez cumpliendo su rol de evitar la aparición de formas de propiedad vinculadas. Por ello, estamos de acuerdo con el sentido de la reforma pero no con el plazo. Y de acogerse nuestra sugerencia, y por coherencia, debería también modificarse la Ley General de Sociedades para tener un plazo similar.

## V. LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS Y LA DESTRUCCIÓN DE LA CERCA: EL ARTÍCULO 952.

La parte más floja del Libro de Reales ha sido siempre la referida a transferencia de propiedad. La reforma es relevante en este aspecto por dos razones: (i) por lo que cambia, pero, sobre todo; (ii) por lo que no cambia.

Si bien como diagnosticamos hace ya veinticinco años<sup>11</sup> la regulación de la prescripción perfora la protección de la propiedad y hace el régimen inconsistente, prefiriendo al poseedor sobre quien tiene derecho inscrito, lo que es inconsistente; lo cierto es que ése es sólo parte del problema, pues la raíz está en partir, en inmuebles, de un sistema consensualista. El primer problema está abordado en el proyecto de reforma –aunque con serios problemas de consistencia– pero el segundo no es tratado, lo que convierte a la propuesta en un mero parche.

Por ello en este comentario comenzaremos con lo que falta y por qué se sugiere que se regrese a la trocha abandonada por un proyecto de reforma anterior, en una comisión también presidida por Jorge Avendaño, que no aceptaba la *media caña*.

Luego seguiremos analizando el cambio en la parte pertinente del régimen de prescripción, y en particular el artículo 952 del Código Civil, para ver lo positivo y lo negativo que nos trae la reforma en ese aspecto específico.

### A. Lo que falta: acabar con el consensualismo y su inconsistencia funcional.

Hemos visto que el *quid* de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo

<sup>11</sup> BULLARD, Alfredo. “La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble”. THEMIS- Revista de Derecho 7. 1987.

así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos.

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

Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión.

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

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza

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

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recursos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.
- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propiedad, titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. En pocas palabras la tratarán como una propiedad sin cerco o con un cerco débil. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta.

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

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

exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero –en efecto lo es– y que, por tanto, su decisión debe basarse en ciertos criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual –esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí– y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad –por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente. De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

¿Transmite el sistema de transferencia de propiedad vigente la facultad de excluir? Veamos.

Concentrémonos en los bienes inmuebles. En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

“Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de

la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para efectuar la transferencia de propiedad. La disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 del Código Civil no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

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

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del Derecho en la realidad. En el trasfondo, en la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado *propiedad*? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama *propiedad*, que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta *propiedad* es una propiedad relativa –lo que en sí mismo es un contrasentido–, pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un *adquirente* posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario

al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta –y que se grafican claramente en la expresión *esto es mío*, lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más– y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código.

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

A nuestro entender, las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949 del Código Civil, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. Este signo es, tratándose de bienes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el artículo 949 se refería a una *propiedad relativa*, pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

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

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

Si bien es cierto que el sistema está diseñado

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

El artículo 1135 tiene innumerables defectos –que son más una consecuencia de la incoherencia y falta de concordancia en el sistema– y que no es el caso enumerar. Sólo quisiéramos destacar que este artículo nos deja en la incertidumbre de cuál es el signo de cognoscibilidad que nos permite transmitir la facultad de exclusión de los inmuebles no registrados. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que uno de los argumentos utilizados para descartar el proyecto planteado por Avendaño cuando se elaboró el Código de 1984 –respecto a la distinción entre bienes registrados y no registrados–, fue la gran cantidad de bienes inmuebles no registrados que existen en el Perú. El proyecto mencionado, daba precisamente la solución a este problema: concedía el carácter de signo de cognoscibilidad a la posesión. El sistema tal como quedó planteado olvida por completo a los propietarios de los inmuebles no registrados. Ellos quedaron en un *limbo* sin oponibilidad.

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto por el artículo 1135. Así

conceden a la inscripción la calidad de signo de cognoscibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos:

“Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título onerosos 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 causa que no consten en registros públicos.

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

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

“Artículo 2022.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.”

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

Como vimos existían tres requisitos que debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad:

- a) Que la propiedad esté reconocida objetivamente en el derecho positivo.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva de un titular a otro la posibilidad de excluir a todos.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir.

De lo dicho hasta ahora parece deducirse que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble, con imperfecciones es cierto, cumple con los tres requisitos. La propiedad aparece reconocida expresamente en el artículo 923 del Código Civil como aquel derecho que faculta al titular a excluir a los terceros del uso, disfrute y disposición del bien. Por otra parte, la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil parecería cumplir con los otros dos requisitos. Así, se designa como signo de reconocibilidad al registro y se concede a éste el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros. Pero deja un inmenso vacío en el caso de los inmuebles no registrados, que en el Perú son una cantidad apreciable de nuestro territorio. Ese vacío no es abordado en nuestro sistema y tampoco en la reforma.

Pero ese no es el único problema.

## B. La prescripción *contra tabulas*.

Imaginemos nuevamente al cliente que acude al abogado para preguntarle desde cuándo será propietario del inmueble que pretende comprar. El abogado, conocedor del rol meramente decorativo del artículo 949, le indica a su cliente que recién podrá sentirse seguro de su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, previo estudio de títulos a fin de verificar que no existan causales de anulación, rescisión o resolución que consten en registros públicos —siguiendo lo que indica el artículo 2014. Para ello el abogado obtiene copia de los respectivos asientos registrales, así como de todos los demás títulos y documentos pertinentes. Luego de un cuidadoso estudio determina que no existe vicio alguno en los últimos 10 años (período establecido para la prescripción adquisitiva por el artículo 950) por lo que aconseja a su cliente que proceda a la compra del inmueble, recomendándole ciertas medidas contractuales a fin de garantizar su derecho hasta la inscripción<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Debe tenerse en cuenta que el plazo de diez se explica porque, en caso que en la cadena de transmisiones de

Efectivamente, el cliente celebra contrato de compraventa, consigue inscribirlo y en consecuencia se siente totalmente seguro con su adquisición. Cuando acude a ocupar el inmueble se encuentra que el mismo está ocupado por un tercero que le indica que vive ahí hace más de 10 años. Cual no será la sorpresa del cliente cuando unos días después de su compra recibe una notificación judicial en virtud de que el ocupante ha iniciado un procedimiento a fin de que se declare que ha adquirido por prescripción el inmueble. El juez finalmente le da la razón al ocupante, en virtud a lo que dispone el artículo 952:

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

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

El segundo párrafo de este artículo es central en lo que concierne al sistema de transferencia de propiedad. Los abogados al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble suelen revisar la información que consta en Registros Públicos en los últimos diez años y si no encontramos ningún defecto consideramos que la adquisición que se haga será perfecta. Esto es un error. No podemos confundir diez años *de posesión*, con diez años de mantener un determinado *status registral*. Se adquiere por prescripción cuando alguien ha poseído por diez años un inmueble, es decir, cuando se ha comportado como propietario por todo este período de tiempo. Y por posesión se entiende posesión física. Para comportarse como propietario —es decir, para ejercer de hecho uno o más de los atributos de la propiedad— no bastan meros actos de disposición inscritos en los Registros Públicos. De lo contrario, el segundo párrafo del artículo 952 vigente carecería por completo de sentido al señalar que se puede cancelar la inscripción del anterior propietario.

Así, no cabe argumentar que la celebración de contratos constituye en sí acto posesorio —ejercicio de la facultad de disposición. Hacerlo implicaría aceptar que si treinta personas

celebran contratos sobre un mismo inmueble tendremos treinta poseedores. La posesión implica una intermediación física o jurídica al bien, que no se da por la simple inscripción de una transferencia.

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

Esto es lo que le pasó al cliente de nuestro ejemplo. En este caso los estudios de títulos, tal como se hicieron, carecen de toda utilidad. El registro nos lleva a una conclusión equívoca si tenemos en cuenta que el segundo párrafo del artículo 952 vigente consagra en nuestro sistema la adquisición *contra tabulas*. Esta equivocación es atribuible a que el registro sólo nos cuenta una parte de la historia, pero no nos cuenta lo más importante: quién está poseyendo efectivamente el inmueble. El efecto final es que el registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado

---

propiedad aparezca algún vicio anterior al inicio de este plazo, esto poco importaría, pues el poseedor actual igual hubiese adquirido ya por prescripción, saneándose cualquier deficiencia. Así se evita lo que se conoce como la “prueba diabólica” y que no es otra cosa que la necesidad de probar una cadena incuestionable de adquisiciones desde los orígenes del bien para legitimar al propietario.

posesión—directamente o por suma de plazos posesorios—, diez años. Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto.

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

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción *contra tabulas* son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores de este artículo. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognoscibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema. En otras palabras la prescripción derrumba el cerco creado por el registro, en mérito a lo que dice el artículo 952.

Esto no sólo puede tener un costo en términos de eficiencia sino, incluso, en términos de equidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 952 nos dice es que, al adquirir un inmueble, debemos preocuparnos más por quién esté poseyendo que por quién aparece con derecho inscrito en los Registros Públicos e, incluso, debemos dar más importancia a la tradición que a la inscripción de nuestra transferencia. Así, si otro subadquirente inscribe antes que nosotros, podremos,

como último recurso, argumentar que hemos adquirido por prescripción, pues podremos recurrir a la suma de plazos posesorios.

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

## VI. ¿CÓMO CERRAR EL CERCO? LOS BIENES REGISTRADOS Y LOS NO REGISTRADOS.

Como hemos visto, tanto las imprecisiones derivadas del sistema consensual—corregidas imperfectamente por las normas registrales y las normas de concurso de acreedores— como del efecto distorsionador de la prescripción *contra tabulas* generan una propiedad que no funciona libre de crear distorsiones. El reciente proyecto de reforma bajo comentario no termina de resolver el problema.

Previo a este último proyecto, una subcomisión, bajo el liderazgo del mismo Jorge Avendaño, propuso mecanismos que justamente resolvían el problema y cerraban el cerco.

Desde que Jorge Avendaño propuso, durante la discusión previa al Código Civil de 1984, cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados, desató un debate que no ha terminado pero que parecería, en la discusión del último proyecto, ha vuelto a perder.

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<sup>13</sup>, criticando a los opositores del cambio, los principales argumentos fueron la tradición, la naturaleza y los romanos. Así, se usaron argumentos tales como: (i) por qué cambiar las cosas si siempre hemos clasificado en muebles e inmuebles; (ii) la naturaleza de las cosas es clara: hay cosas que se mueven y cosas que no se mueven; o, (iii) eso nos viene desde la época de los romanos.

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. 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 Civil 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.

Esto se refleja claramente en el proyecto de la subcomisión que trabajó en los noventa para reformar el Código Civil y que vuelve a recoger la propuesta de Avendaño, relanzada, reforzada, con mayor aceptación que hace 25 años. Sin embargo parecen haberse diluido en el último proyecto que comentamos las posibilidades de ser aceptada e incorporada a nuestro ordenamiento civil<sup>14</sup>.

Así Avendaño nos dice, comentando su propia propuesta anterior:

“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 sólo 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 Civil, es la clasificación de bienes registrados y no registrados, lo cual no sólo cambia el régimen de transferencia de la propiedad, sino también el régimen de garantías, que es lo que está discutiendo actualmente la Comisión Revisora<sup>15</sup>.

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo en realidad a los costos de transacción. Como ya hemos visto, en el mercado de bienes y derechos los costos de transacción dependen de una serie de factores<sup>16</sup>. Pero uno de los principales factores es la propia definición de los derechos y titularidades.

<sup>13</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “Bienes, naturaleza y romanos”. En: El Comercio. 21 de diciembre de 1982.

<sup>14</sup> AVENDAÑO, Jorge. “La Clasificación de los Bienes en Función del Registro” En: Revista Jurídica del Perú 10. 1997. pp. 36-37.

<sup>15</sup> 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 2. 2000. pp. 106-107.

<sup>16</sup> El Premio Nobel de Economía Ronald Coase (“The Problem of the Social Cost”. 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”.



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, cómo 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 Civil lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura y ello significa menores costos en el tráfico económico.

Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. En consecuencia hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar.

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. Como ya se mencionó, 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 términos más tradicionales— significan menor circulación de la riqueza y menor bienestar.

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.

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 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<sup>17</sup>.

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 UITs) 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 sólo deben ser buenas, sino simples de aplicar.

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, ello, 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 sólo 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 un avión (como la tierra) está inmóvil, pero se mueve. Se pierde así la importancia práctica del sistema en la rigidez de una declaración meramente legal.

La aparición de la propuesta anterior 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. Quizás 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 éstos 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 cuánta 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?

Revisemos el proyecto anterior de Avendaño para descubrir la gran oportunidad que se está perdiendo con el absoluto silencio de la última propuesta.

Si uno revisa el Anteproyecto anterior 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 era 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

<sup>17</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 184.

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. Sólo queda sujeto, para oponerlo, a la declaración que el sistema jurídico ya ha hecho sobre la naturaleza del bien.

Si la propuesta de reforma fuera a 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 por tanto 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 qué tan “exclusiva y excluyente” va a ser su propiedad.

Esto se refleja en el que es quizás el artículo más importante del Anteproyecto del Libro de Reales anterior, 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<sup>18</sup>.

El 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 lo resuelve. Pero en el caso de los bienes no registrados la salida es la adquisición a *non domino*. Esto se encuentra recogido en el Anteproyecto anterior 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

<sup>18</sup> 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 Mobiliarias, elaboró un Proyecto que finalmente se convirtió en Ley. Con la Ley 28677 se pueden oponer (con algunos límites) la constitución de derechos de garantía sobre bienes hoy no registrables como un lapicero, por medio de un registro reconceptualizado. Entramos así a una segunda fase, más audaz aún que permite la creación, por decisión de autonomía privada, de derechos oponibles de garantía por inscripción sobre bienes tradicionalmente considerados no registrables. El secreto de la Ley de Garantías 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.

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 de que lo importante no es 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.

Este dilema suscitó toda una discusión respecto a cuál es el sistema que debería adoptarse. En medio de esta discusión se encuentra la propuesta que estamos comentando. Lamentablemente parece que en la discusión de la que se origina el último Anteproyecto, la concepción tradicional y dogmática se ha vuelto a imponer sobre la posición funcionalista y con perspectiva de realidad.

Así, unos propugnan un sistema de 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<sup>19</sup>, 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 el cerco de la propiedad debe permanecer con agujeros. 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

<sup>19</sup> FERNANDEZ, Gastón. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”. En: THEMIS-Revista de Derecho 30. 1994. pp. 149 y siguientes.

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.

Un sistema basado en el registro tiene reglas más claras. En el sistema consensualista debo confiar en: (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 sólo genera inseguridad.

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 sujeta al registro. La decisión le reportará una serie de beneficios. Quizás 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 quizás 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 sólo 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 quizás 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. Ojala 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<sup>20</sup>.

Para el campesino de nuestro ejemplo quizás 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. Y entonces el tratamiento de su predio como un bien no registrado y transferible por simple tradición, sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Claro está que la incorporación de 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 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.

En cambio, el valor de una mansión en la zona más residencial de San Isidro, en la capital, 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 a Registros Públicos para revalorizar su propiedad con una inversión baja en conseguir que el predio se registre.

Lamentablemente el último proyecto, objeto

de comentario, ha obviado todo lo señalado. Ha pecado de conservador y ha olvidado la importancia que tiene la Ley para resolver problemas en lugar de crearlos.

Lo único que ha quedado en este tema del proyecto anterior, es la regulación de la prescripción *contra tabulas*. Pero además ha quedado mal regulado. Veamos.

## VII. ¿Y LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS?

En principio un sistema constitutivo para bienes registrados como el propuesto en el Anteproyecto anterior no necesitaría de prescripción adquisitiva. Si la función de la prescripción adquisitiva es facilitar la prueba de la propiedad, pero con el sistema la propiedad se prueba con el registro, al menos en los bienes registrados, la prescripción parecería innecesaria y debería desaparecer del mundo de los bienes registrados y ser dejada sólo para facilitar la prueba de la propiedad de los no registrados.

Sin embargo en un país con registros tan desactualizados como el nuestro, la prescripción puede servir para sanear partidas registrales que no se encuentran al día por dejadez o inacción de sus propietarios. No es inusual que las declaraciones de herederos de personas fallecida hace décadas nunca se hayan efectuado y los sucesores, luego de varias generaciones, no tienen cómo acreditar la secuencia a través de la cual son hoy propietarios. Pero nuevamente, introducida la prescripción, reingresaría el fantasma de la posesión primando sobre el registro. Ello considerando la actual regulación de la prescripción *contra tabulas* contemplada en el artículo 952 del Código Civil vigente.

Sin embargo, ello podía ser corregido con un principio relativamente sencillo. Bastaría que se establezca que la adquisición de buena fe amparada en el registro interrumpe la prescripción, incluso la ya ganada, de manera que quien adquirió por prescripción y permanezca en posesión del inmueble luego de inscrito el derecho de un tercero, deberá sumar otro periodo de diez años para volver a adquirir la propiedad. De esa manera el registro siempre le gana a la posesión, pero se permite a la posesión seguir desarrollando

<sup>20</sup> Esa es de alguna manera la explicación de por qué en la relativamente pequeña sociedad romana los inmuebles se podían transferir por *traditio*.

su función de saneamiento de títulos cuando ello sea necesario.

Así, imaginemos que un inmueble inscrito a nombre de A es poseído hace más de 10 años por Z. En ese contexto, B, confiando en el registro, compra el inmueble y adquiere e inscribe su derecho. Z, que ya había adquirido por prescripción pierde su derecho y deberá esperar 10 años de posesión continua adicionales para volver a adquirir. Así ya no se produce el efecto de que producida la adquisición por el mérito del registro, al segundo siguiente el poseedor vuelve a adquirir por prescripción. Con ello B puede reclamar en cualquier momento la entrega del inmueble a Z, al menos hasta que no transcurra el plazo prescriptorio nuevamente. A su vez Z tiene los incentivos, una vez adquirida la propiedad por prescripción, para entablar la demanda de adquisición por prescripción adquisitiva, inscribir su derecho y así oponerle a potenciales terceros. El sistema se torna entonces en totalmente coherente, protegiendo el tráfico –está clara las consecuencias de protección de la adquisición basada en la buena fe registral– pero permitiendo que la prescripción perviva como un mecanismo de saneamiento de títulos.

El proyecto que comentamos, aparentemente inspirado en esa idea, la recoge de manera incompleta, no sólo por partir de un sistema diferente –que ya no contempla la clasificación de registrados y no registrados y su consecuencia en el sistema de transferencia de propiedad–, sino porque crea un sistema incoherente que priva a la prescripción de su función de saneamiento ya anotada.

Como se recuerda, la versión vigente del artículo 952 del Código Civil señala:

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

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

La redacción no ofrece salida al problema porque de su texto se deriva que la prescripción *contra tabulas* permite cancelar el asiento a favor del dueño original. Lo que tendría que hacerse es mediatizar ese efecto señalado que producida una inscripción de buena fe se pierde la prescripción ganada

y hay que esperar un nuevo periodo (que podría ser de 10 años), para que el poseedor vuelva a adquirir por prescripción.

Y ya no habría inseguridad con el registro porque cualquier inscripción registral haría perder la propiedad al poseedor que prescribe. Siempre gana el registro.

Si el propietario quiere sanear el título, lo puede hacer, siempre que no haya un adquirente por el mérito del registro en el camino. Pero el último proyecto encuentra una fórmula incompleta.

El nuevo texto propuesto, en la parte pertinente, señala:

“Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.”

Lo importante es el añadido del párrafo tercero y que señala que el adquirente registral de buena fe prima sobre aquel que obtiene una prescripción a su favor. Señala que la prescripción *contra tabulas* no perjudica al adquirente registrado.

Si bien la norma resuelve el problema de la inseguridad registral, minimiza la capacidad de la prescripción para resolver problemas de saneamiento. En el fondo nunca sabemos si el propietario de un bien registrado lo es como consecuencia de una cadena ininterrumpida de transferencias desde el origen del bien. Para evitar la prueba diabólica usamos la prescripción de diez años para limitar la prueba de la propiedad a ese periodo. Limitamos la prueba porque en caso esa cadena no fuera ininterrumpida, una adquisición de buena fe en algún momento nos resolvería el problema. De alguna manera, sin quererlo, todo invoca una suerte de protección registral de buena fe para limitar su esfuerzo de prueba de la propiedad al plazo prescriptorio.

Sin embargo con la nueva regla que se propone ese límite ya no servirá y habría que estudiar

hasta los orígenes del bien. Ello porque si hay una adquisición de buena fe antes de los diez años, por el texto de la norma, la prescripción no sería oponible al titular y con ello los diez años ya no serían límite para nada.

Las consecuencias de la norma pueden ser bastante serias al complicar innecesariamente la prueba de la propiedad. La forma de corregir ese problema es estableciendo un límite de diez años al efecto de recobrar la capacidad de la prescripción de limitar la prueba de la propiedad sin afectar protección registral.

En ese sentido se sugiere que el tercer párrafo esté redactado de la siguiente manera:

“3. De producirse una adquisición de buena fe al amparo del artículo 2014, se interrumpe el plazo prescriptorio o la prescripción ya ganada, y el poseedor tendrá que poseer por un periodo adicional de 10 años contados desde la fecha de la inscripción del nuevo propietario para adquirir por prescripción la propiedad.”

La norma, con el texto que proponemos, equilibra la protección del registro con el uso de la prescripción para sanear títulos y sobre todo para limitar la prueba de la propiedad, evitando tener que recurrir a la prueba diabólica.

## VIII. CONCLUSIÓN

Lo cierto es que el proyecto de reforma del Libro de Reales es, en los temas objeto de nuestro comentario, un avance respecto del Código Civil vigente pero un retroceso en relación al anterior Anteproyecto de la Subcomisión presidida por Avendaño. Es temeroso de realizar un cambio necesario, y con ello se autocondena a mantener buena parte de los problemas del Código Civil vigente.

No deberíamos dejar que la reforma se quede a *media caña*. Ello es renunciar a tener un buen Código Civil y conformarnos a que sea mejor que el anterior, pero no tan bueno como debería.