



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE
EN EL PERÚ Y LA SEGURIDAD JURÍDICA**

PRESENTADO POR:

Bach. Jhefry Jhordan López Gamarra

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

ASESOR:

Dr. José Hildebrando Díaz Torres

Cusco, Perú

2017

**DEDICATORIA****A Dios.**

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo guiando cada pasó de mi camino, por fortalecer mi corazón, por brindarme sabiduría, por iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi madre Norma

Por darme la vida, quererme mucho, creer en mí, aconsejarme y porque siempre me apoyaste. Mamá gracias por darme una carrera para mi futuro, todo esto te lo debo a ti, por tus consejos, tus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por tu amor y palabras.

A mis hermanos Vanessa, Rick y Jennifer

A mi hermana Vanessa que sé que me acompaño en todo este proceso, dándome el ánimo y voluntad para que pueda concretar este sueño.

A mi hermano Rick por estar presente siempre dándome la fuerza y motivación en mis pasos y siendo un gran apoyo en todo momento en esta etapa de mi vida.

A mi hermana Jennifer que siempre con su cariño y alegría me motivo a seguir adelante.



A mis padres; gracias por el apoyo y amor de siempre.

A mis hermanos que me dieron su apoyo, aliento y confianza.

A mi primo Andrew que me apoyo en una parte fundamental de la investigación.

A mi tío Javier, que con su apoyo moral me motivaba siempre a seguir adelante.

A Valia por entenderme y apoyarme.

A Robinson que es mi mejor amigo y compañero, donde estés sé que algún día nos volveremos a ver.



AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina del Cusco por darme la oportunidad de aprender y forjarme como profesional.

A mis buenos maestros, que me han acompañado por toda mi carrera, brindándome todos los buenos conocimientos, guiándome para ser una buena profesional.

A mi Asesor el profesor Dr. José Hildebrando Díaz Torres, por el apoyo que me ha brindado, por el tiempo, espacio, paciencia y dedicación para poder lograr mi proyecto de investigación.

A cada uno de mis amigos y compañeros con los que compartí y aprendí conocimiento en aulas de clase, por los buenos consejos durante los 6 años que duró esta meta de formación para ser grandes profesionales y que ahora podemos decir que logramos convertirlo en una realidad.



RESUMEN

Una gran polémica acerca del sistema de transferencia de propiedad inmueble se ha ido desarrollando en nuestro país. Tiene como antecedente principal al Código Civil de 1852 en el cual se dio nacimiento a un debate doctrinario, que se ha prolongado hasta la fecha, ya que en dicho cuerpo normativo se acogió por vez primera un sistema que regularía la transferencia de propiedad inmueble, optándose por *importar* del Código Napoleónico de 1804 el sistema denominado *francés, del simple consenso o espiritual*, por el que basta solo el acuerdo de las partes (consentimiento) para dar por efectuada o transferida la propiedad de un bien inmueble.

Esta adopción legislativa se ha mantenido en los dos Códigos Civiles subsiguientes, el de 1936 y el de 1984. Sin embargo existen numerosas posiciones sobre el sistema adoptado y las desventajas que este presenta sobre todo, en la inseguridad jurídica que presenta, ya que las transferencias de inmuebles no resulta siendo únicamente interés de las partes intervinientes, sino que dado el contexto social, tiene amplia relevancia ; siendo necesario que terceros que no participaron en el contrato, asuman el conocimiento que se produjo la transferencia de propiedad hacia otra persona, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y esta se desarrolle con la transparencia y confiabilidad que todo modelo socio-económico requiere para el tráfico inmobiliario.

Entonces la seguridad jurídica que ofrece este sistema tiene menos garantías, que los modelos en los cuales se exige la inscripción registral para transmitir el derecho, es por ello que desarrollaremos las principales deficiencias que trae consigo el sistema consensualista, y estudiando la conveniencia o inconveniencia de modificar hoy en día el sistema de transferencia de propiedad regente en el Perú.



ABSTRACT

A great controversy about the transfer system of real property has been developing in our country. It has as main antecedent to the Civil Code of 1852 in which a doctrinal debate was born, that has been prolonged until now, since in that normative body a system was first accepted that would regulate the transfer of immobile property, opting itself By importing from the Napoleonic Code of 1804 the system known as French, simple consensus or spiritual, by which only the agreement of the parties (consent) to give or take ownership of a real estate.

This legislative adoption has been maintained in the two subsequent Civil Codes, that of 1936 and that of 1984. However, there are numerous positions on the adopted system and the disadvantages that it presents above all, in the legal insecurity that presents, since the transfers Of real estate is not only the interest of the intervening parties, but, given the social context, it has wide relevance; It being necessary for third parties who did not participate in the contract to assume the knowledge that the transfer of ownership occurred to another person, in order to guarantee legal certainty and to develop it with the transparency and reliability that every socio-economic model requires for The real estate traffic.

Therefore, the legal security offered by this system has fewer guarantees than the models in which registration is required to transmit the right, that is why we will develop the main deficiencies that the consensual system brings with it, and studying the convenience or inconvenience of To modify today the system of transference of property regent in Peru.



ÍNDICE

DEDICATORIA i

AGRADECIMIENTO iii

RESUMEN iv

ABSTRACT v

ÍNDICE..... vi

ÍNDICE DE CUADROS x

LISTADO DE ABREVIATURAS..... xi

INTRODUCCIÓN..... xii

CAPÍTULO I 1

1. EL PROBLEMA Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN 1

1.1 Planteamiento del Problema 1

1.2 Formulación del Problema..... 3

 1.1.1 Problema principal..... 3

 1.1.2 Problemas secundarios..... 3

1.3 Objetivos de la investigación..... 3

 1.3.1 Objetivo General..... 3

 1.3.2 Objetivo específicos..... 3

1.4 Justificación de la Investigación..... 4

1.5 Método..... 6

 1.5.1 Diseño metodológico..... 6

 1.5.2 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis
 de datos 6

1.6 Hipótesis de trabajo 7

1.7 Categorías de estudio..... 7

CAPÍTULO II 9

2. DESARROLLO TEMÁTICO 9

2.1 Antecedentes de la Investigación 10

 2.1.1 Artículos Nacionales especializados..... 13

SUBCAPÍTULO I..... 15

2.2 Bases teóricas 15



2.2.1.	El derecho de propiedad	15
2.2.1.1.	Concepto jurídico de propiedad	15
2.2.1.2.	Noción económica	16
2.2.1.3.	Características del derecho de propiedad.....	17
2.2.2.	Derechos reales y obligacionales.....	19
2.2.3.	Teoría del título y modo	20
2.2.4.	Antecedentes de los Sistemas de transferencia de propiedad.....	22
2.2.4.1.	Sistema Romano.....	22
2.2.4.2.	Sistema Francés.....	24
2.2.4.3.	Sistema Alemán.....	26
2.2.4.4.	Sistema Peruano	29
2.2.4.4.1.	En el Código Civil de 1852	30
2.2.4.4.2.	En el Código Civil de 1936.....	30
2.2.4.5.	Anteproyecto Del Código Civil de 1984.....	31
2.2.5.	Posturas en la doctrina sobre el ART. 949 del Código Civil Peruano...36	
2.2.5.1.	Postura de Bigio Chrem.....	36
2.2.5.2.	Postura de Osterling Parodi.....	38
2.2.5.3.	Postura de Avendaño Valdez.....	38
2.2.5.4.	Postura de Manuel De La Puente	40
2.2.5.5.	Postura de Alfredo Bullard.....	41
2.2.5.6.	Postura de Fernández Cruz.....	43
2.2.5.7.	A manera de síntesis.....	45
2.2.6.	Imperfección del artículo 949 del código civil.....	46
2.2.6.1.	Inscripción excepcional del artículo 1135 del código civil....	48
2.2.7.	Desventajas del sistema consensual	50
SUBCAPÍTULO II.....		52
2.3.	Seguridad Jurídica	52
2.3.1.	Clases de Seguridad Jurídica	52
2.3.2.	Seguridad Estática	52
2.3.3.	Seguridad Dinámica	53
2.3.4.	Reflexiones entre la Seguridad Estática y Dinámica.....	53
2.3.5.	Publicidad Registral.....	56



2.4. Desde el Análisis Económico del Derecho.....57

 2.4.1. Seguridad Jurídica Objetiva.....57

 2.4.2. Seguridad Jurídica Subjetiva58

2.5. Desde la Doctrina Civil58

2.6. Desde el tribunal constitucional59

2.7. Características del Registro Otorgando Seguridad Jurídica 60

 2.7.1. Control de Legalidad 60

 2.7.2. Conexión de los Asientos Registrales 60

 2.7.3. Signo de Cognoscibilidad..... 60

 2.7.4. Oponibilidad hacia Terceros..... 61

SUBCAPÍTULO III..... 62

2.8. El registro y la publicidad..... 62

 2.8.1. Concepto de la publicidad registral 63

 2.8.2. Exteriorización continua y organizada 64

 2.8.3. Eficacia sustantiva o material 65

2.9. Registro de predios 66

 2.9.1. Creación del registro de predios 66

 2.9.2. Esencia y función jurídica del registro 68

 2.9.3. Función primaria del registro 71

 2.9.4. Función complementaria del registro 71

SUBCAPÍTULO IV 72

2.10. Los costos de transacción 72

2.11. La sociedad agraria y el crecimiento de las ciudades 74

CAPÍTULO III 77

3. RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS 77

3.1 Resultados del estudio 77

CAPÍTULO IV 86

CONCLUSIONES 86

RECOMENDACIONES 88

BIBLIOGRAFÍA 89

ANEXOS 92



ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1: Diseño metodológico

Cuadro N° 2: Distribución de categorías y Subcategorías



LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CPC	Código Procesal Civil
TC	Tribunal Constitucional
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
RPI	Registro de propiedad inmueble
RPU	Registro predial urbano



INTRODUCCIÓN

Con mucha precisión se puede afirmar, que la propiedad es una institución importante para el Derecho Civil, es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Es una cuestión capital para los adquirentes y acreedores de derechos y para el sistema judicial en su conjunto, el estudio y establecimiento de un sistema de transferencia de propiedad que cuente con todas las garantías necesarias.

El presente trabajo de investigación se desarrolló y analizo todo lo referente a la ineficacia del artículo 949 del Código Civil que a letra dice: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”* y el problema que se tiene frente a la protección y seguridad frente a terceras personas.

El hecho que el Código Civil no regule de manera eficaz sobre este tema, dará lugar a que aspectos fundamentales como la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles se cuestionen en el Código Civil Peruano, quizás el principal problema existente sea la protección que otorga solo el contrato como perfeccionamiento de la transferencia de propiedad, dejando de lado la seguridad frente a una doble venta, dando prioridad a uno que inscribe su derecho en los registros públicos, desamparando al que solo siguió con lo referido al artículo 949 del Código Civil. Lo que pretende la presente investigación es identificar el problema de la transferencia de propiedad y otorgar la posibilidad de que se tenga un sistema de propiedad que genere seguridad y certeza frente a ventas futuras.

En el capítulo I, se desarrolló todo lo referido al planteamiento del problema y el método de investigación que se está utilizando.

En el capítulo II, se desarrolló los antecedentes de la investigación, así como las bases teóricas del Derecho de Propiedad, los antecedentes de los sistemas de transferencia de propiedad, las posturas en la doctrina sobre el ART. 949 del Código Civil Peruano, el



anteproyecto del Código Civil Peruano de 1984, las desventajas del sistema consensual, la seguridad jurídica, el registro y la publicidad, además de los costos de transacción y la sociedad agraria y el crecimiento de las ciudades.

En el capítulo III, se desarrolló los resultados del estudio de la investigación, que se obtuvo de la revisión doctrinaria y las entrevistas realizadas.

En el capítulo IV, se desarrolló las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos de la investigación.



CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

Es de gran preocupación encontrar varios problemas referidos al sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú, que es un tema que se debe abordar con suma urgencia debido a las implicancias jurídicas-patrimoniales que generan dentro de nuestra realidad nacional, ya que su deficiente regulación influye directamente sobre la seguridad jurídica que se tiene frente a la enajenación de un bien inmueble.

Tomando en consideración lo dispuesto por el código civil que define a la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Este debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (Art. 923 del Código Civil).

Es así que para la legislación peruana, el sistema de transferencia de propiedad inmueble es influencia absoluta del “sistema declarativo” o también denominado como sistema “espiritualista francés” y que se ve plasmado en el artículo 949 del Código Civil que a la letra regula “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario” en donde prima el principio de la voluntad y que considera que el simple acuerdo de voluntades entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad, el solo consentimiento perfecciona la entrega, es decir una vez realizado el contrato el vendedor tendrá la obligación de otorgar la posesión efectiva del bien a favor del comprador automáticamente.

Entonces la propiedad se transfiere al momento de perfeccionar el contrato, sin embargo, el contrato por ser ordinario, está oculto al conocimiento de terceras personas, entonces ello genera mucha incertidumbre e inseguridad, puesto que solamente se le otorgaría una “propiedad relativa” entre las partes debido al desconocimiento del contrato frente a terceras personas, y solamente con la inscripción en los registros públicos se efectivizaría su propiedad en una absoluta.



Para el doctor Alfredo Bullard, citado por (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010) Un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe 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 eficientes posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirentes

La seguridad jurídica es un valor esencial del derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el bien común que debe ser el fin de toda sociedad. (Loli, 1997)

El valor de la seguridad jurídica no es solo abstracto o teórico, sino que su existencia e importancia puede justificarse desde un punto de vista económico, al constituir un elemento que reduce los costos propios de la transferencia o intercambio de bienes. (Freyre, 2007)

El problema entonces surge cuando ocurre una “doble venta”, cuando existen dos o más acreedores respecto del mismo inmueble, ¿qué pasaría si el vendedor decide celebrar otro contrato de venta con otra persona respecto del mismo inmueble y este a su vez lo inscribe en registros públicos? el primer comprador que solo cumplió con lo amparado en el artículo 949 del C.C que con el solo contrato era el único propietario del inmueble, estaría indefenso frente al tercero que lo inscribió en los registros, respecto a ello el artículo 1135 del C.C explica que: “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.”

Entonces debido a las épocas actuales, el estado debe brindar las garantías necesarias (jurídicas y económicas) para poder cumplir los objetivos que debería tener un sistema de propiedad idóneo i) permitir la mayor circulación de la riqueza y ii) generar seguridad jurídica para los adquirentes; para que de esta manera se protejan los derechos de propiedad inmueble; y asimismo perfeccionar el sistema de



transferencia de los bienes inmuebles puesto que el derecho de propiedad es un derecho fundamental con la que cuenta toda persona.

1.2. Formulación del problema.

1.2.1. Problema General.

¿De qué manera el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú influye en la seguridad jurídica del comprador?

1.2.2. Problemas secundarios.

- 1° ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú?
- 2° ¿El actual sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú genera seguridad jurídica?

1.3. Objetivos de la investigación.

1.3.1. Objetivo General

Determinar de qué manera el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú influye en la seguridad jurídica del comprador

1.3.2. Objetivos Específicos

- 1° Establecer las ventajas y desventajas del sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú.
- 2° Establecer si el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú genera seguridad jurídica.



1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema que concita el interés social, a partir del conocimiento de las ventajas y desventajas del sistema de transferencia de propiedad peruano y su trascendental importancia en la seguridad jurídica en favor de los titulares y adquirentes de derechos.

1.4.2. Relevancia social

Tiene relevancia de carácter social, porque el derecho de propiedad es un derecho fundamental reconocido en la constitución política del Perú; y con ello la forma de transferencia de los bienes inmuebles es de suma importancia para toda la colectividad quienes se verán beneficiados por los resultados de esta investigación y servirá como base para futuras investigaciones.

1.4.3. Implicancias prácticas

Lo que se busca con la presente investigación es dar a conocer la deficiencia del artículo 949 del Código Civil Peruano en cuanto al sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y su repercusión en la seguridad jurídica de los titulares y adquirentes de derechos y de esta manera resolver un problema muy trascendental sobre los efectos del registro.

1.4.4. Valor teórico

Con la presente investigación surgirá un análisis desde el punto de vista doctrinario y normativa partiendo de lo que se entiende por derecho de propiedad y los sistemas de transferencia de los bienes inmuebles lo cual nos ayudara a comprender de manera clara y precisa la deficiencia del sistema



instaurado en el código civil peruano . Con ella se pretende aportar recomendaciones de orden legislativo (reforma civil), o de una integración a tal ausencia normativa y conocimientos para futuros trabajos que se pudieran realizar.

1.4.5. Utilidad metodológica

Los resultados de la presente investigación, pueden motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores, los cuales pueden ser abordados desde diversos puntos de vista que complementen el presente.

1.4.6. Viabilidad del estudio

La investigación resulta totalmente factible en la medida de contarse con recursos bibliográficos, teniendo en consideración los aportes doctrinarios de otros países y nuestra propia normativa según el Código Civil Peruano.

Si bien el código civil de 1984 pretende ser una herramienta eficaz para resolver las relaciones de las personas entre sí y en relación al conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones con relevancia jurídica, no solo tiene por objeto corregir los problemas de la normativa actual, sino que es un cambio fundamental con respecto a lo que se está viviendo; para ello seguimos el camino de otros países que son fuente doctrinaria para la presente investigación teniendo una apreciación cualitativa del derecho.

1.5. Método

1.5.1. Diseño metodológico

Cuadro N°1: Diseño Metodológico

Enfoque de investigación	Cualitativo: Porque tiene como objetivo analizar y conocer el tratamiento jurídico del artículo 949 del código civil, y el sistema de transferencia de propiedad de bien inmueble a partir de un análisis con nuestra realidad actual. (Sampieri, 2014)
Tipo de Investigación Jurídica	Dogmático - descriptivo: Porque el estudio consiste en describir situaciones, contextos o sucesos, detallar como son y se manifiestan, el tratamiento normativo del sistema de transferencia de propiedad inmueble de acuerdo a la doctrina civil y a la normativa vigente. (Sampieri, 2014)

1.5.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procedimientos y análisis de datos

1.5.2.1. Técnicas

Para el presente estudio se utilizará las siguientes técnicas:

- a. Análisis bibliográfico
- b. Entrevista



1.5.2.2. Instrumentos

Se utilizarán:

- a. Ficha de comparación normativa.
- b. Diario de debates del poder legislativo

1.6. Hipótesis de trabajo

1.6.1. Hipótesis general

El sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en el Perú, basado en el solo consentimiento para que la transferencia inmobiliaria se perfeccione, ofrece menos garantías que otros sistemas, generando inseguridad jurídica.

1.7. Categorías de estudio

Considerando que la presente investigación es de carácter cualitativo, el estudio no requiere operacionalizar variables y medirlas estadísticamente; es así que el presente estudio sólo consigna categorías de estudio.



Cuadro N° 2: Distribución de Categorías y Subcategorías

Categorías temáticas	Subcategorías
Categoría 1° El sistema de transferencia de propiedad	<ol style="list-style-type: none">1. Principio consensualista2. Costos de transacción
Categoría 2° La seguridad jurídica	<ol style="list-style-type: none">1. Oponibilidad frente a terceros.2. Publicidad registral.

CAPÍTULO II

2. DESARROLLO TEMÁTICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

Antecedente 1º

El primer antecedente de la investigación, lo constituye la tesis que lleva como título “**DERECHO DE PROPIEDAD Y RENOVACIÓN URBANA EN EL PERÚ. LÍMITES Y NECESIDAD DE LIMITACIONES: ¿CUANDO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO?**”. Su autora es Katiushka Zherisse Martínez Miraval, quien presentó el trabajo a la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de Magíster en Derecho Civil, en Lima, en el año de 2010.

Las principales conclusiones de este trabajo son:

- i. En nuestro Ordenamiento Jurídico no es nada sencillo identificar fehacientemente la condición de titular de dominio de una persona sobre un bien, ello en tanto el Registro no es constitutivo de derecho en nuestro país, no está a la mano de todos, ni es un trámite que demande poco esfuerzo a los interesados, por el contrario es incompatible con la legislación nacional en materia de Renovación Urbana que se dirige principalmente a personas con escasos recursos económicos y que carecen en muchos casos de título que ampare la ocupación que ostentan de un determinado inmueble.
- ii. La búsqueda de alternativas de solución a la problemática de la ocupación de población de predios urbanos en propiedad privada parte de formalizar la tenencia que se tiene sobre los mismos y de compatibilizar la seguridad jurídica que descansa sobre el Derecho de Propiedad con la función social que este último debe cumplir. Solo así se minimizarán los impactos que tengan desarrollos legislativos como los que se plantean sobre el mercado y



se garantizará que las inversiones nacionales sean aprovechadas directamente por los ocupantes de los predios urbanos tugarizados.

- iii. El Derecho de Propiedad nacional ha variado en el tiempo, habiendo adquirido las significaciones que nuestros legisladores, en razón de intereses y necesidades puntuales de la población, le han querido otorgar. En esta línea, la problemática habitacional que aqueja a la población de más escasos recursos amerita dar una nueva lectura a este derecho fundamental de la persona, a fin que logre adaptarse o adecuarse a la realidad nacional actual y permita de esta manera, satisfacer las necesidades más urgentes de nuestros conciudadanos. Ello supondrá además, desarrollar instrumentos jurídicos que sean coherentes entre sí y sobretodo respeten los preceptos constitucionales y legales presentes en nuestro Ordenamiento Jurídico.
- iv. La nueva lectura que se pretende otorgar al Derecho de Propiedad debe suponer la expedición de sendos dispositivos legales de alcance nacional, que posean vocación de perdurabilidad y sobretodo, que no desestabilicen el sistema normativo, por cuanto ello puede ser más perjudicial que los beneficios que se pretenden alcanzar, más aún en temas puntuales como el de la Renovación Urbana.
- v. El Derecho de Propiedad es pasible de adaptarse a los nuevos retos que le presenta la realidad nacional en materia habitacional. Este debe cumplir la función social que le ha sido asignada o, dicho de otro modo, ejercerse en armonía con el bien común. Teniendo ello como premisa, los instrumentos jurídicos que se elaboren deberán mantener esta orientación y desarrollarse de manera tal que, ante un conflicto entre intereses privados y colectivos, coadyuven a solucionar éste a favor de los últimos.

A diferencia de la investigación que se pretende realizar, en este caso se ha desarrollado en materia de una renovación urbana, en donde la reforma en temas urbanos es preciso para delimitar el derecho de propiedad de cada una de las personas, siendo que en nuestro sistema es difícil identificar fehacientemente la condición del titular del dominio de una persona sobre un bien, ello en tanto el Registro no es constitutivo de derecho en nuestro país.



Siendo que nuestro propósito se centra en el estudio del artículo 949 del código civil y además se pretende identificar la inseguridad que genera con respecto de los acreedores de derechos frente a la enajenación de un bien, que en la actualidad en nuestro sistema de transferencia no está bien regulado.

Antecedente 2°

El segundo antecedente de la investigación, lo constituye la tesis que lleva como título ***“EL COMPROMISO DE CONTRATAR Y SU ACCESO AL REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE”***, Su autor es Carlos Manuel, Misari Argandoña quien presentó el trabajo a la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de Magíster en Derecho Civil, en Lima, en el año de 2013.

Las principales conclusiones de este trabajo son:

- i.** Creemos importante resaltar la ubicación de los Contratos Preparatorios dentro de la Tesis Tradicional, pues al ser considerado el Contrato de Compromiso de Contratar como uno de ellos, implícitamente aceptamos que este es un “contrato autónomo, independiente, perfecto y acabado”, lo que nos lleva a la conclusión que teniendo dichas características resulta factible que este tipo de contratos, al igual que muchos otros tenga también, el mismo derecho a contar con el resguardo registral, siempre y cuando tengan efectos reales sobre inmuebles.
- ii.** La finalidad de alcanzar la inscripción registral de los Contratos de Compromiso de Contratar radica en un “derecho – función” de este tipo de contratos, por medio del cual los contratantes buscan garantizar una contratación eficiente y el cumplimiento de la celebración del contrato definitivo que recaiga sobre derechos reales y que implícitamente estamos incentivando su utilización, pues los contratantes verán asegurados sus pactos



ya que no solo serán opuestos entre privados, sino que la publicidad registral les entregará las garantías necesarias, como la oponibilidad erga omnes.

- iii.** Afirmamos que la redacción del artículo 2019 del Código Civil es deficiente, ya que el supuesto de su primer numeral señala una suerte de “regla general” o “llave maestra”, el cual permite que el compromiso de contratar, siempre y cuando tenga efectos sobre derechos reales, es materia de amparo registral; con lo cual, encontraría la herramienta necesaria para tener acceso a las esferas registrales, bajo la modalidad de “Función de Limitar Derechos Reales”, dejando establecido que esta limitación debe ser entendida como una “limitación convencional” por medio de la cual las partes pactan con la sola suscripción del Compromiso de Contratar la reserva de disposición del bien durante la duración del plazo establecido en el contrato.

Esta inadecuada redacción del 2019 ha tenido además una lectura mecanizada y superficial desde su promulgación y ello ha generado que los Registradores piensen que el Contrato de Compromiso de Contratar, no debe tener amparo registral, por no ser un supuesto expreso del referido artículo.

- iv.** Conforme a este nuevo sistema de justicia, fundamentalmente cimentado en principios como la oralidad, concentración, publicidad e inmediación de los procedimientos, necesaria era una modificación del sistema de recursos, en que nos parece que un recurso como el de nulidad, es el medio de impugnación más adecuado para respetar dichos principios, conformándose con la esencia de este nuevo tipo de juicios. Un recurso de apelación que permitiera la revisión de los hechos, desnaturalizaría el diseño de los procedimientos orales.

- v.** Finalmente, para proteger el derecho de quien pretende adquirir un determinado bien con la celebración del contrato definitivo es necesario asignarle al Compromiso de Contratar la redacción del artículo 2023 del Código Civil como sucede con el Contrato de Opción, ya que de no encontrarse este dispositivo legal, para inscribir el contrato de compraventa definitivo que deriva del Contrato de Compromiso de Contratar se tendría que, preliminarmente se declare la nulidad judicial de la compraventa registrada en

favor del tercero, lo que indudablemente no garantizaría en nada la utilidad del Contrato de Compromiso de Contratar.

A diferencia de la investigación que se pretende realizar, en este caso tiene la finalidad de alcanzar la inscripción registral de los Contratos de Compromiso de Contratar radica en un “derecho – función” de este tipo de contratos, por medio del cual los contratantes buscan garantizar una contratación eficiente y el cumplimiento de la celebración del contrato definitivo que recaiga sobre derechos reales y que implícitamente están incentivando su utilización, pues los contratantes verán asegurados sus pactos ya que no solo serán opuestos entre privados, sino que la publicidad registral les entregará las garantías necesarias, como la oponibilidad erga omnes. Siendo que nuestro propósito se centra en el estudio del artículo 949 del código civil y además se pretende identificar la inseguridad que genera con respecto de los acreedores de derechos frente a la enajenación de un bien, que en la actualidad en nuestro sistema de transferencia no está bien regulado.

2.1.1. Artículos nacionales especializados

Artículo 1º

El primer artículo especializado lo constituye el artículo “*LA PROPIEDAD INCONCLUSA*”. El autor es Alfredo Bullard Gonzales, quien presentó el referido artículo a la Revista de derecho IUS ET VERITAS N° 29, de la Pontificia Universidad Católica del Perú (pp. 100 - 108).

El trabajo se resume en lo siguiente:

- i. La música se escribe para ser escuchada. Un músico que compone al margen de la sensibilidad y necesidades de su público no tendrá éxito. Lo mismo pasa con el jurista que legisla al margen de la sensibilidad y necesidades de los usuarios del sistema legal. El sistema legal nos da la oportunidad de crear obras colectivas, en las que los interesados pueden participar en su creación.



Estas obras colectivas posiblemente tendrán mayor aceptación porque reflejan lo que la gente espera y desea. Cuando uno deja de lado el principio de autonomía, renuncia a la creación colectiva y pretende imponer sus gustos y preferencias a las personas, obligándolas a soportar los principios que recoge la legislación. Activar la autonomía nos acerca por ello a un mundo más flexible y, por tanto, que responde a la realidad de las cosas.

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

A diferencia de la investigación que se pretende realizar, en este caso se ha desarrollado un estudio sobre el derecho de propiedad y las falencias que tiene frente a la oponibilidad de terceros. Siendo que nuestro propósito se centra en el estudio del artículo 949 del código civil y además se pretende identificar la inseguridad que genera con respecto de los acreedores de derechos frente a la enajenación de un bien, que en la actualidad en nuestro sistema de transferencia no está bien regulado.

Artículo 2°

El segundo artículo especializado lo constituye el artículo ***“EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL PERUANO”***. Su autor Roger Vidal Ramos

El trabajo se resume en lo siguiente:



- i. El artículo 949 del Código Civil, se evidencia el problema de la falta en publicidad de la adquisición del bien inmueble frente a terceros.
- ii. El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble respalda la propiedad relativa, pues no permite excluir a todos, toda transmisión de propiedad debe estar dotado de seguridad jurídica en sus operaciones, favoreciendo la dinámica circulación de los bienes inmuebles.
- iii. La inscripción declarativa en mérito del artículo 1135, otorga la garantía y seguridad jurídica que no brinda el artículo 949, constituyendo una excepción y reconociendo la importancia de la inscripción del título en el registro.

A diferencia de la investigación que se pretende realizar, en este caso se ha desarrollado el sistema de transferencia de propiedad y las diferentes posturas que tienen diferentes autores desde el punto de vista doctrinario, haciendo un análisis del sistema por el que se optó. Siendo que nuestro propósito se centra en el estudio del artículo 949 del código civil y además se pretende identificar la inseguridad que genera con respecto de los acreedores de derechos frente a la enajenación de un bien, que en la actualidad en nuestro sistema de transferencia no está bien regulado.

SUBCAPÍTULO I

2.2.Bases Teóricas

2.2.1. EL DERECHO DE PROPIEDAD

2.2.1.1. Concepto jurídico de propiedad

La propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. En buena cuenta, esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo



cual conlleva en el propietario un “tener”, pero que simultáneamente se manifiesta en un “excluir” a los terceros. Este sentimiento profundamente arraigado del ser humano por apropiarse de las cosas u objetos que lo rodean tiene como propósito satisfacer sus necesidades y lograr el pleno desarrollo de su personalidad. El hombre se sirve de las cosas y de los objetos de la naturaleza para satisfacer sus necesidades y lograr su desarrollo individual. La pertenencia de los bienes no se agota en el ámbito patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona. (Barron, Derechos Reales, 2005)

En la lista de derechos de las personas la constitución establece que todos tenemos derecho a la propiedad, luego en el título dedicado al régimen económico, la constitución desarrolla el concepto de propiedad como derecho garantizado por el estado y fundamento de la estructura económica que adopta la nación, también señala la constitución que es inviolable y que el estado lo garantiza, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley; así también el código civil establece que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, es decir el propietario ejerce plenamente sus derechos sobre estos cuatro atributos de la propiedad:

- a) Poseyendo el bien,
- b) Percibiendo sus frutos,
- c) Enajenando,
- d) Ejerciendo las acciones de reivindicación.

2.2.1.2. Noción económica

En términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que la misma permite internalizar las externalidades que se producen



en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien. (Freyre, 2007)

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado, así lo detalla Torres López citado por (Freyre, 2007): Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

2.2.1.3. Características del derecho de propiedad

De acuerdo con la doctrina el derecho de propiedad cuenta con cuatro características esenciales:

El doctor AVENDAÑO nos ilustra de la siguiente manera:

Usar es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella. *Disfrutar* es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos



naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato. *Disponer* es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia. *La reivindicación* no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un derecho pleno y absoluto. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos. (Valdez, Código Civil comentado - Por los cien mejores especialistas, 2003)

Así las características esenciales que tiene el derecho de propiedad, lo diferencian claramente de los demás derechos, puesto que tiene cuatro atributos bien definidos y que son de facultad exclusivas del propietario, por ejemplo cuando uno es propietario de un bien inmueble, puede usarla a potestad de uno, viviendo en ella; el disfrute que es la utilización del bien que genera ingresos económicos, al poder rentarla, sembrar vegetales, es decir percibir todos los ingresos que el mismo inmueble genera por una actividad económica que se realice dentro de ella; luego está la disposición del bien en donde el propietario puede enajenarlo al precio que considere adecuado, o ponerlo en hipoteca para un crédito que le beneficiara a largo plazo, así como también destruirlo o abandonarlo.



2.2.2. Derechos reales y obligacionales

Los derechos patrimoniales se distinguen en dos grupos: derechos reales y derechos de obligación (crédito), es necesario indicar algunas ideas que nos ayudaran a diferenciar estos derechos patrimoniales; los glosadores dividieron en *ius in rem* y el *ius in personam*, basándose en la oposición que había formulado el Derecho romano entre el *actio in rem* y el *actio in personam* es que se distingue entre derechos reales y derechos de obligación. (Ramos R. V., 2010)

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de él, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a trastes de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la pérdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de



obligación, por cuanto ellos subsisten transformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. De otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

De esta manera debe resaltarse que los derechos reales son oponibles a todos y que los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, específico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos. (Costa, 2004)

Es importante hacer una diferencia clara sobre los derechos reales y los derechos de obligación, se ha podido observar letras arriba que existen grandes diferencias entre ambos derechos, tanto con su objeto, su relación, y las consecuencias que derivan de ellas. El derecho de propiedad al ser considerado un derecho real, es preciso que tenga todas las características esenciales.

2.2.3. Teoría del título y modo

No se puede dejar de hablar de derechos reales ni mucho menos de Transmisión de propiedad Inmueble en nuestra legislación sin dejar de mencionar y explicar la importancia de la teoría del título y el modo, motivo por lo cual es necesario conocer la definición de título y modo, los cuales son legados del derecho romano y son numerosos sistemas jurídicos y legislaciones que adoptaron la mencionada teoría. (Ramos R. V., 2010)



Para comenzar con el primero es preciso definir que es “TITULO”, que se entiende como el acto por el cual se refleja la voluntad de las partes, es decir el consentimiento de la compraventa; y por otro lado el “MODO” que consiste en la forma por la cual se hará efectiva la adquisición del adquirente.

Por consiguiente en nuestra posición es preciso identificar estos dos momentos muy importantes en una transferencia de propiedad inmueble, puesto que ambos son necesarios y dependientes el uno del otro, ya que si no existe un contrato de por medio pero se hace la entrega del bien, el que recibe el mismo, solo adquirirá la posesión efectiva del bien, mas no se convertirá en propietario.

Entonces consideramos que el título es la fuente, la manifestación de voluntad, tanto del vendedor como del comprador de realizar el contrato de compraventa, y del cual derivara una determinada obligación, para que luego la consecuencia inmediata seria la transferencia de propiedad que no es otra cosa que el modo.

Es así que para nuestra legislación, concerniente específicamente a la transferencia de bienes muebles, si se adopta la teoría del título y modo, puesto que cumple los dos momentos esenciales y es necesaria la tradición (entrega del bien) para que esta se perfeccione. Mientras que en el caso de la transferencia de bienes inmuebles, tal como lo especifica el artículo 949 del Código Civil, *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario”* solo es necesaria la sola obligación de enajenar y no requiere ningún requisito adicional para que este se concrete, de esta forma se deduce que en nuestra normativa vigente se aplica un sistema mixto, en donde prima la teoría del título y modo en el caso de los bienes muebles, y se adopta la teoría francesa del solo consentimiento en la transferencia de los bienes inmuebles.



2.2.4. Antecedentes de los Sistemas de transferencia de propiedad

2.2.4.1. El sistema romano

De acuerdo con lo que refiere el Maestro MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, nos refiere en Roma, existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) *la mancipatio* y (ii) *la in jure cessio* para las *res Mancipi* y la (iii) *traditio* para las *res nec Mancipi*. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010, pág. 10)

Eran *res Mancipi* las cosas más preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rústicas. (Pezet M. A., 1998)

Eran *res nec Mancipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la *mancipatio*, que se empleaba para la enajenación de las *res Mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos “en una balanza, las *librepens*, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010, pág. 11)

La *in jure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res Mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanada a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear



las *res nec mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe). (Pezet M. A., 2001)

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa. (Borda, 1997)

Dicho todo ello, este sistema tenía claramente definido y arraigado la teoría del título modo para la transferencia de bienes y solamente con el contrato no se podía establecer la relación propiedad, necesitaba el modo, que es la entrega física de la cosa, todo ello se realizaba puesto que consideraban que la propiedad era de interés de toda la comunidad y al ser tan importantes necesitaban materializarlo con una publicidad, para que este se encuentre bien definido y sea de conocimiento general, de esa manera los propietarios exigían el respeto de su propiedad y podían sentirse seguros de que los demás tengan conocimiento de su adquisición para que las puedan respetar.



2.2.4.2. El sistema francés

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (consensus); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino solo de poner al adquirente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento. (Ramos R. V., 2010)

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan. (Marcel, 1988) Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (convención), sin necesidad de la tradición (entrega); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y PLANIOL citado por (Marcel, 1988), dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden, el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin más, no es necesario otro requisito más que la voluntad de las partes contratantes. (Marcel, 1988)



Los hermanos MASEAUD, citado por (Maseaud, 1960), sostienen diversas disposiciones del Código Civil¹ afirman el principio de la transmisión “solo consensus” (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, el contrato además de su efecto obligatorio, posee un efecto real; la compraventa, por ejemplo, no solo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida.

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de ALBALADEJO citado por (Albadejo, Sistemas de Propiedad, 1995), al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición (entrega de la posesión con ánimo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra que en el sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento, y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que el propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre él. (Albadejo, Sistemas de Propiedad, 1995)

De acuerdo con este sistema francés el mero consentimiento hacia propietario, sin ningún requisito adicional, este sistema se basaba básicamente en el acuerdo de las partes (contrato), para poder transmitir la propiedad, dejando de lado la teoría del título y modo y concentrando todo el proceso de transferencia en un solo momento, así se aparta de la publicidad para hacer conocer el derecho y no es necesaria para poder completar la transferencia.

¹ Código Civil Peruano



Este sistema en particular en nuestra opinión, es el que opto la normativa vigente en el Perú, ya que en su artículo 949 del Código Civil, sobre la transferencia de propiedad inmueble, solo se necesita el acuerdo de las partes para que este se concrete, opinamos que este carece de seguridad jurídica puesto que el contrato al ser un acto ordinario, carece de conocimiento de terceros y solo es oponible frente a las partes que lo realizaron, de ahí se deduce que este sistema tiene la teoría de la doble propiedad , una relativa y otra absoluta, la primera cuando solo se tiene la convención entre las partes , mientras que en la segunda es necesaria la inscripción para que esta se convierta en absoluta.

2.2.4.3. El sistema alemán

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “Ausflassung” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “auflassung” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que esté al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El “Auflassung” también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la “in iure cessio” era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro. (Ramos R. V., El



sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

El que compra una cosa quiere adquirirla no solo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: está obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad está regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de “transmitir la propiedad” no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato “real” diferente, cuyo único contenido es que la “propiedad sea transmitida”, este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato “abstracto” (Lavalle, Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad, 2002)

En el sistema germano de la separación del contrato (artículos 873, 925 y 929 del Código Civil Alemán) el solo consentimiento no es suficiente para la traslación de la propiedad y esta se produce desdoblada, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales. (Pezet M. A., 1998)

Al respecto de este sistema, nuestra opinión es que el razonamiento principal por el que se forma dicho sistema, es el respeto y la gran valoración que se le otorga al derecho de propiedad, ya que por medio de este sistema se deduce que quien adquiere un bien busca el aprovechamiento máximo del mismo, de manera que este tenga un



carácter definitivo, excluyente, y perpetuo. No solamente para un uso temporal o pasajero, sino aprovechar absolutamente de todas las atribuciones que tiene para con su adquisición y pueda disponer de ello o no, cuando así lo desee.

Es así que para esta teoría alemana a diferencia de la teoría francesa, no es suficiente el solo consentimiento de las partes, es decir el contrato, para que la transferencia se haya perfeccionado. El contrato es solo la primera parte para que pueda realizarse la negociación, puesto que opera en dos etapas que lo diferencian de los demás sistemas.

La primera etapa se inicia con el consentimiento de ambas partes para poder realizar el negocio y se efectúa solo entre las partes sin que exista la intervención de un tercero que medie por ellos, consecuente a ello viene la segunda etapa, en donde vinculados precedentemente con el consentimiento inicial, ratifican nuevamente la voluntad de ambos para que esa obligación se torne efectiva y por un lado debe existir la voluntad de una de ellas de desaprenderse el bien y de la otra de adquirir el bien; ello a diferencia de la primera etapa se realiza con la intervención de un tercero que es el registrador y que verificara la sinceridad del convenio realizado y consecuentemente procederá a inscribir respectivamente en el libro territorial, consumándose así la transferencia de propiedad.

Con ello este sistema confiere a las partes y a terceros la máxima seguridad jurídica, que se estructura básicamente por la publicidad que otorga el registro.

2.2.4.4. El sistema peruano

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949² del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario”* norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados. (Ramos R. V., 2010)

Claramente para el sistema peruano en lo que respecta a la transferencia de bienes inmuebles se acogió principalmente por la teoría francesa, siendo suficiente que exista un acuerdo de por medio para que el comprador se convierta en propietario del bien inmueble, sin necesidad que exista un requisito adicional para que esta se concrete. Dicho ello la transferencia se produce en un solo momento de acuerdo con lo establecido al artículo 949 del código civil peruano, dejando de lado como no ocurre en otras legislaciones dos etapas (título y modo).

De esta manera la inscripción de la propiedad inmueble en los registros públicos (SUNARP) no es de carácter obligatorio, siendo solo declarativa de derechos y no constitutiva de derechos, a excepción de la hipoteca en la que la inscripción es un requisito principal y por lo tanto constitutivo de derechos.

² **Artículo 949:** “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario”



2.2.4.4.1. En el código de 1852

Este código estaba influenciado absolutamente por el código napoleónico, por lo cual el solo consentimiento hacia transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa “aun antes de su entrega y pago del precio”, debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración. (Felipe Osterling Parodi- Mario Castillo Freyre, 2003)

Así desde épocas remotas tenemos que en la normativa del código de 1852³ también se veía acogida la teoría francesa en donde la sola obligación hacia propietario al acreedor por el simple consentimiento sin que exista ningún requisito adicional para que este se concrete. Es preciso nombrar los antecedentes que tuvo este código para saber a precisión que modificaciones se realizó a lo largo de su vigencia y observar que desde ese código ya se manejaba dicha postura en lo que concierne la transferencia de los bienes inmuebles.

2.2.4.4.2. En el código de 1936

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172⁴, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para

³ Código Civil Peruano de 1852

⁴ Artículo 1172.- “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”



bienes inmuebles: Artículo 1172.- *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”*. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010, pág. 17)

De la misma manera más adelante con este cuerpo legislativo la noción de la transferencia de bienes inmuebles se mantuvo igual que su predecesora, en donde solo el acuerdo de voluntades transmitía la propiedad inmueble, pero que sin embargo para el desarrollo de este código se organizó un intenso debate a cargo de la comisión redactora del código de 1936⁵ concerniente a la transmisión de bienes inmuebles, puesto que una gran parte, no estaba de acuerdo con el actual sistema y que dio lugar a brillantes opiniones.

2.2.4.5. Anteproyecto De La Ley Modificatoria Del Código Civil de 1984

Artículo 887.- Bienes registrados y no registrados.

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

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

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.

⁵ Código Civil Peruano de 1936



Desde que Jorge Avendaño propuso cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados, desató un debate que no ha terminado. La propuesta, bien entendida y analizada, hubiera permitido “cerrar el sistema” y darle un marco completo de regulación. Esa propuesta llegó a plantearse incluso en un Anteproyecto durante el proceso de reforma que culminó con la dación del Código Civil de 1984. Lamentablemente la propuesta fue rechazada. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

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

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo a lo que los economistas llaman costos de transacción. En el mercado de bienes y derechos los costos de transacción dependen de una serie de factores. Pero uno de los principales factores es propia definición de los derechos y titularidades. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

La definición de derechos no es un tema meramente teórico. Ni siquiera es un tema principalmente teórico. Es un tema esencialmente práctico. Una de las cosas que los economistas comprenden es que lo importante es, antes de cómo son las cosas, como son percibidas. Los individuos toman decisiones de conducta en base a lo que perciben, independientemente que las cosas en la realidad sean distintas. Por ello, no interesa que el Código Civil diga que uno es propietario, con facultad de excluir a los demás, por el simple consenso. Las personas se sienten propietarios no cuando el Código lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura. Por ello, el sistema debe responder a las percepciones de manera práctica y dar disposiciones que creen no propiedades teóricas, sino propiedades percibidas como reales y verdaderas. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)



Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Cuando contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el “precio de la incertidumbre” es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia, hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

Según la primera formulación del Teorema de Coase si los costos de transacción son iguales a cero (o son bajos), no importa la regla legal a aplicarse para llegar a la solución eficiente, lo que equivale a decir que no importa a quién le des la propiedad, pues mediante intercambios en el mercado está llegando a manos de quien más la valoriza. Así, si le das un libro a un analfabeto, este se lo venderá a alguien que sepa leer, y en particular a alguien que sabe leer que aprecia el contenido del libro. Ese es el objetivo principal de un sistema de transferencia de propiedad: antes que decidir a quién se le da originalmente la propiedad, determinar como esta se reasigna a sus usos más valiosos. Sin embargo, la frase de que no importa la regla legal no debe ser leída en el sentido que no importa cómo se define el derecho. El Teorema de Coase parte del presupuesto de la necesidad de que los derechos estén bien definidos, es decir, que todos percibamos hasta dónde y desde cuándo puedo excluir a los demás. En sencillo todo esto quiere decir que no es posible que el mercado funcione si la propiedad no está definida de manera clara. El analfabeto requiere que su facultad de excluir esté bien definida y el interesado por el libro requiere que el sistema le deje claro cómo se le transfiere esa facultad de excluir de manera segura, para que la adquisición sea posible y el libro tenga un uso socialmente más valioso. Esto se desprende de la siguiente cita de Coase: (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)



“(…) si las transacciones de mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar” (Coase, 1960)

Por el contrario, si el derecho está mal definido y no se puede pronosticar el resultado de un juicio (por ejemplo, no es fácil saber quién será declarado propietario) los costos de transacción se elevan. Si adquiero un predio de quien no tiene su derecho inscrito, siempre habrá el riesgo de que aparezca un tercero alegando un mejor título y que hoy, al momento de contratar, no puedo identificar. Entonces la incertidumbre crece, con ello su “precio” y por aplicación de la ley de oferta y demanda la cantidad demandada de esa propiedad cae. Mayores costos de transacción (menor seguridad en el tráfico en los términos más tradicionales) significan menor circulación de la riqueza y menor bienestar. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

Esto se refleja en un hecho que es fácil de constatar empíricamente: el valor de un predio sube cuando se inscribe. Su precio es mayor porque el adquirente asigna una valorización superior a la seguridad que el registro le da. Por el contrario, el bien no inscrito conduce a un castigo en el precio, es decir, al traslado de los costos de transacción al enajenante del derecho. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

-Una solución más viable

La propuesta no puede hacerse en abstracto, planteando la clasificación como una mera constatación de lo que existe (efectivamente hay bienes que están registrados y otros que no lo están) sino que lo hace a la luz de algo más importante: cómo transferir y constituir titularidades sobre bienes, que es la puerta que el sistema debe cerrar para estar completa. Esto



quiere decir que se aproxima al problema desde una perspectiva funcionalista. El cambio de clasificación no es un fin en sí mismo, sino un medio para darle coherencia a un sistema de oponibilidad de derechos. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

El nuevo criterio es, pues, el de bienes registrados y no registrados, estableciéndose que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no solo al de propiedad inmueble, sino a todos los registros. Un paso muy importante para la seguridad jurídica y una consolidación muy significativa de los diversos registros que cada vez se van unificando y mejorando su servicio en la SUNARP, que es el sistema registral. Entonces ¿cómo se transferirán los bienes registrados, ya sea un edificio o un caballo de carrera? Con registro constitutivo. Y, ¿cómo se transferirán los bienes no registrados, bien sea una casa no inscrita, un terreno no registrado? 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. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

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. (Gonzales, Parchando el Código: la reforma a media caña del libro de derechos reales, 2008)

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. (Gonzales, Parchando el Código: la reforma a media caña del libro de derechos reales, 2008, pág. 20)

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. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

La verdadera esencia de esta propuesta está en la autonomía privada en donde las personas de acuerdo a las necesidades que tengan puedan utilizar métodos más precisos para poder otorgar una seguridad en cuanto a la adquisición de su propiedad.

2.2.5 Posturas en la doctrina del ART. 949 del Código Civil Peruano

2.2.5.1 Posición de Bigio Chrem

Este autor explica que todos los contratos tienen eficacia meramente obligatoria, es decir, generan obligaciones y, en consecuencia, son títulos que por sí mismos no producen la transferencia de la propiedad o de otro derecho real. Por tal razón es necesario un modo de adquisición que produzca dicho efecto traslativo. (Barron, Derechos Reales, 2005, pág. 790)



El mismo autor admite la teoría del título y modo, se refiere que el contrato de enajenación (por ejemplo: una compraventa) es, al mismo tiempo título y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo, refundiendo en un solo instante cronológico ambos, por lo menos entre las partes contratantes. En cambio sí existe conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resuelve a favor del primer inscribiente (Chrem, 2000), por lo que en esta situación excepcional de incertidumbre jurídica es la inscripción la que atribuye propiedad.

Principalmente la posición de este autor explica que la transferencia de propiedad inmueble, acoge la teoría del título y modo, pero que sin embargo estos dos momentos importantes no se realizan independientemente, sino que se unen cronológicamente ambos, es decir la compra y venta es título y modo a la vez, puesto que solo el consentimiento hace producir el efecto traslativo. Así deja abierto el tema en debate indicando que excepcionalmente para casos como la doble venta en donde existe conflicto de compradores, se resuelve a favor del primer inscribiente en donde la propiedad la atribuye la inscripción.

En nuestra opinión el autor es muy básico en el argumento que da indicando que el título y modo se refunden en un solo momento, puesto que siempre es necesaria la actuación de ambas para que este quede terminado, además para que este tenga efectos certeros de seguridad tienen que publicitar el derecho para que las demás partes que no participaron en el contrato sepan de que derecho se les está excluyendo y no se preste a problemas futuros como es la concurrencia de acreedores, o como en la doctrina se le denomina la doble venta, claramente el artículo 949 del código civil acoge el principio consensualista en donde la voluntad opera como único requisito para que se pueda realizar la transferencia.

2.2.5.2 Posición de Osterling Parodi

Según este autor señala que el artículo 949 del Código Civil⁶ se pliega claramente a la teoría francesa referida a que el simple acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor transfiere la propiedad de los inmuebles. Se agrega que el legislador de 1984, al igual que el de 1936, acoge la doctrina de la propiedad absoluta y relativa. La primera consagrada por el citado artículo 949 transfiere la propiedad por el simple acuerdo de voluntades, mientras que la segunda se produce con el registro que garantiza la eficacia absoluta. (Parodi, 2003)

Se considera entonces que para el autor no existe un título y modo para la transferencia, sino solamente el título que produce el efecto trasmisivo, y también acepta la teoría de la doble propiedad.

2.2.5.3 Posición de Avendaño Valdez

El profesor Avendaño señala que para analizar el tema de transferencia de propiedad es preciso distinguir entre título y modo. El primero es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título. Son, por tanto, dos etapas de un proceso lógico cuyo efecto es la transferencia de propiedad. Luego el autor agrega que en materia inmobiliaria la distinción entre título y modo no existe en el Perú; el solo acuerdo de voluntades convierte al acreedor en propietario según el artículo 949⁷, de lo cual resulta que el título basta para la producción de la transferencia de propiedad. (Valdez, Clasificación de los Bienes y Transferencia de Propiedad, 2004).

⁶ Artículo 949: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”

⁷ Artículo 949: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”



Asimismo se plantea claramente el problema:

“si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La respuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral del tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agoto su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda?” (Barron, Derechos Reales, 2005, págs. 792-793)

Avendaño acepta la existencia de una inscripción excepcionalmente constitutiva en el caso de la doble venta o en la concurrencia de acreedores. Sin embargo, dicho autor termina preguntándose, con toda razón, como puede coordinarse esta inscripción excepcionalmente constitutiva con el principio general que admite la transferencia de propiedad por el solo consenso. En suma, plantea el estado de la cuestión, pero deja el tema abierto a la polémica, aunque considera que la solución definitiva a este debate solo puede conseguirse con la implantación de la inscripción constitutiva. (Barron, Derechos Reales, 2005)

Al igual que la posición por la que adopta BIGIO CHREM, el profesor AVENDAÑO explica que es preciso definir los conceptos de la teoría del título y modo indicando que, el título es el acto jurídico, y el modo es el hecho determinante que produce la traslación, asimismo reconoce que en nuestro sistema la teoría del título modo solo se aplica a la transferencia de bienes muebles y el que opera en los inmuebles es la teoría francesa del mero consentimiento, descartando la teoría del título y modo.



Identifica que el problema principal es la discordancia que ocurre con el sistema cuando hay concurrencia de acreedores sobre un mismo bien, en donde la inscripción juega un papel fundamental para la decisión sobre la titularidad de la propiedad. También adicional a ello da nuevas ideas innovadoras con la propuesta en la clasificación de los bienes en registrados y no registrados.

Compartimos en gran parte con el profesor Avendaño puesto que precisa bien claro por el problema que se está pasando actualmente y aceptamos que la teoría francesa fue adoptada para nuestro sistema, dejando de lado la teoría del título y modo, y trayendo muchos desaciertos con el actual, sobre todo en la seguridad jurídica que tiene que tener todo titular para poder defender su derecho.

2.2.5.4 Posición de Manuel de la Puente

La postura de este autor mantiene la teoría del título y modo en la transferencia de propiedad de bienes inmuebles, sustentando esta posición en los siguientes fundamentos. (Lavalle, El Contrato con Efectos Reales, 2008)

-Los artículos 1351⁸ y 1402⁹ del código civil establecen que el contrato es fuente creadora de obligaciones, en ninguna norma se considera que el contrato pueda producir directamente efectos reales, de lo cual deduce este autor que cualquier contrato traslativo de dominio es solo un “título”, necesitado del modo de adquisición para consumir la transferencia. Como ejemplo cita al artículo 1529¹⁰ del código civil, en donde se estatuye que el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y

⁸ Artículo 1351º.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

⁹ Artículo 1402º.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

¹⁰ Artículo 1529º.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.



este se obliga a pagar su precio en dinero. Se observa que el contrato no es apto por si solo para transferir la propiedad. (Barron, Derechos Reales, 2005)

-Siendo que el contrato enajenativo es solamente “título”, bien cabe preguntarse. ¿Cuál es el modo de adquisición? Definitivamente, el artículo 949¹¹ no se refiere como tal a la tradición, ni a la inscripción, por lo que nace la interrogante de cuál puede ser ese “modo”, ese algo más que conduce a la producción del efecto real. El mismo autor se responde señalando que ese algo más ha sido asignado al artículo 949 del código, de tal suerte que este le concede un efecto traslativo automático a la obligación de transferir la propiedad. En este sentido, el título lo sería el contrato de enajenación, mientras que el modo lo sería la ley(es decir, el artículo 949), en tanto esta es la que produce el efecto real luego de crearse la obligación contractual. (Barron, Derechos Reales, 2005)

En nuestra opinión el autor defiende la teoría del título y modo, indicando que el “modo” (que es lo más importante), es la ley , dejándonos con una incertidumbre puesto que la ley no es específica y da lugar a que se presten muchas interpretaciones de la misma, sin llegar a buen puerto.

Lo claro es que el sistema peruano para la transferencia de bienes inmuebles aplica la teoría francesa del solo consenso, dejando de lado la teoría del título y modo, al no considerarse específicamente ni a la tradición, ni inscripción como la forma y no puede conciliarse dos cosas a la misma vez.

2.2.5.5 Posición de Alfredo Bullard

El profesor comienza indicando que un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe

¹¹ Artículo 949: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario”



permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficientes posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirentes. (Ramos R. V., 2010)

Para BULLARD el controvertido artículo 949. C.C. por la cual la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato es absurda. Ya que esta norma es incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. (Ramos R. V., 2010, pág. 22)

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 quien goza de la titularidad para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente. (Ramos R. V., 2010, pág. 22)

Es claro que para el profesor Bullard, el sistema actual tiene grandes deficiencias al solo exigir el solo consentimiento para la transferencia de propiedad inmueble, y que el contrato al ser un acto que se desarrolla interpartes, solo es oponible frente a ellos, sin conocimiento de terceros, además que carece de publicidad como signo de exclusión para terceras personas, y también de no tener un signo de cognoscibilidad para saber efectivamente quien goza de la titularidad.

De manera que en actual sistema regido por el solo consenso debo confiar en que el vendedor sea efectivamente el propietario; que el mismo no le haya vendido a otra persona; y además que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme mi derecho, todo ello acarrea una inseguridad total frente a la venta futura a realizar.

Asimismo respalda la posición de Avendaño en la clasificación de bienes registrados y no registrados, asintiendo que para poder cerrar el círculo que se genera debido a la inconsistencia del sistema, una forma para poder lidiar con los problemas por las que atraviesa es optar por el sistema constitutivo, puesto que en este la reglas a seguir son claras y no generan incertidumbre, mas al contrario dan una máxima protección a las transferencias y con ello la tan ansiada seguridad jurídica.

2.2.5.6 Posición Fernández Cruz

Este autor comienza su exposición haciendo notar que un sistema ideal de transferencia de propiedad inmueble debe cumplir con tres finalidades concretas: (Barron, Derechos Reales, 2005)

- a) La facilitación en la circulación de la riqueza,
- b) La reducción de los costos de transacción cuando se trata de transferencias voluntarias,
- c) La reducción o eliminación, de ser posible, de todo riesgo de adquisición a “non domino”, lo que se logra a través de signos adecuados de publicidad.

Ante la dificultad que un sistema de transferencias de propiedad pueda cumplir plenamente las tres finalidades reseñadas, es necesario optar por privilegiar alguna de ellas. En este sentido, el consenso tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias, y de este modo, maximizar la circulación de la riqueza. Asimismo para lograr seguridad en la adquisición de inmuebles, propugna favorecer la “*seguridad dinámica del tráfico*” (protección del adquirente), antes que la “*seguridad estática del titular*” (protección del propietario). Por tal razón, postula la implantación de un principio general de protección al tercer adquirente de buena fe, entendido como un mecanismo complementario de tutela a la circulación de los bienes, y que produce la ansiada seguridad jurídica que necesita el



adquiriente para invertir y producir. (Barron, Derechos Reales, 2005, pág. 801)

Asimismo, se refiere a que “en nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas. (Ramos R. V., 2010)

Para Fernández cruz, de acuerdo a los argumentos que explica, un sistema de transferencia de propiedad idóneo tiene que cumplir con tres finalidades indispensables, a) maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) reducción de los costos de transacción y c) dar seguridad jurídica; y en vista que no se puede cumplir con tener todas ellas, se debe optar por privilegiar una de ellas, y en el caso en particular del sistema peruano, el consenso tiene la virtud de agilizar todas las transferencias inmobiliarias, asegurando de esta forma que se maximice la circulación de la riqueza.

Paralelamente a ello explica que el consenso como mecanismo de transferencia inmobiliario, es el más adecuado a nuestra realidad ya su economía se basa fundamentalmente en una rural y agraria y que poner requisitos largos y costosos al establecer un sistema constitutivo, paralizaría de forma exorbitante la circulación de la riqueza y lejos de adoptar la teoría del título, le otorga al contrato (consenso) la virtualidad de transferir de manera inmediata la propiedad, sin requisito adicional para que esta se perfeccione y cumpliendo con una de las finalidades que es la maximización de la riqueza.



Aun cuando las posiciones de Fernández Cruz son convincentes creemos que el sistema actual tiene grandes deficiencias, que se podrían solucionar con la implementación de un registro que genere una seguridad inmediata en el tráfico inmobiliario, viendo que en la realidad actual los registros vienen evolucionado a pasos agigantados y que la realidad anterior que se vivió , en donde la economía era preponderantemente rural y agrario, se vio cambiada por una fundamentalmente urbana y esto aumenta día a día.

2.2.5.7 A manera de síntesis

Como se ha podido advertir las diferentes posturas de autores nacionales en cuanto a tan polémico y amplio tema, el debate toma posturas diferentes en especial énfasis, si el artículo 949 C.C aplica teoría del título y modo, o la teoría francesa, del solo consenso; y además si el sistema actual es el idóneo en cuanto a la finalidad que debe cumplir para satisfacer las exigencias colectivas y otorgar la seguridad jurídica que tanto se anhela.

Respecto con el primer punto las conclusiones principales son que, adoptando la teoría del título y modo , el contrato en sí, no puede transmitir la propiedad porque solamente el contrato que es el “título” y este ,solo crea obligaciones y es necesario establecer un modo para la perfección del contrato, de esa manera se logra la transferencia de propiedad; y por otro lado, si se opta por la sistema francés, el contrato transfiere directamente la propiedad sin necesidad de un modo porque este se considera automático o finge una tradición espiritualizada sin la necesidad de un modo para su transferencia.

La posición del profesor BIGIO CHREM indica que el título y modo se refunden en solo momento cronológicamente, el contrato (compra-venta) como indica GUNTHER, “siempre genera la obligación de transmitir el dominio, pues ese es el resultado programado por las partes, y por tanto el que resulta exigible” (Barron, Derechos Reales, 2005, pág. 808), y una



cosa muy diferente es que por criterios del estado se elija el momento exacto en donde se produce el efecto de la transferencia, que puede ser la tradición, la inscripción o el consenso, pero de ninguna manera esto quita el mérito al contrato que se cumpla con la obligación de la transmisión.

En cuanto al sistema de transferencia de propiedad inmueble, las posturas de tan honrados autores, son muy rescatables; así estamos de acuerdo con el profesor BULLARD, consideramos que para poder hablar sobre un sistema idóneo tenemos que analizar cada uno de ellos y poder concretar cuáles son las principales características.

Se observa que el sistema adoptado por nuestro país tiene falencias en cuanto a la seguridad que este puede otorgar, puesto que se optó que el solo consentimiento es el que transfiere la propiedad sin ningún requisito adicional para que este se perfeccione, como explica Fernández Cruz, ese es el mejor porque reduce considerablemente los costos de transacción y de esta manera agiliza las transferencia de propiedad, en consecuencia maximiza la circulación de la riqueza; no estamos de acuerdo con ello porque al tratar de reducir ese costo, genera otros que principalmente es el costo de la incertidumbre que está relacionada con la seguridad jurídica, y así con las nueva ideas que nos proporciona BULLARD, “como uno no sabe si el que le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato” (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

2.2.6 Imperfección del artículo 949 del Código Civil Peruano

Consideramos de acuerdo a la recopilación de información, así como el detalle del debate referido al sistema de transferencia de propiedad inmueble, el artículo 949 que a la letra dice *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*, no garantiza la



seguridad jurídica, pues esta no cuenta con mecanismos de publicidad, oponibilidad frente a terceros, es algo que va contrario con la características que debe cumplir el derecho de propiedad, que es erga omnes, en otra palabras, oponibles hacia todos.

El problema principal es cuando ocurre una doble venta, es decir cuando existen dos acreedores sobre un mismo bien, y que se ve plasmado en el artículo 1135¹² del Código civil Peruano, y que consideran algunos que el legislador premia la diligencia al establecer la misma, ya que este a la letra dice *“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”*, totalmente se evidencia que hay una disfunción en el sistema puesto que el artículo 949 solo exige la sola obligación de enajenar y por otro lado cuando se trata de conflictos entre derechos reales, por el artículo 1135 se prefiere al primero que inscribió en registros públicos, atribuyendo de esta manera efectos constitutivos al registro en este tipo de situaciones.

El artículo 949 (desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros) y, no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad toda poderosa hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta

¹² Artículo 1135º.- 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.



de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador solo aplico el principio consensual “el solo contrato te hace propietario” y no le exigieron de que el título tenía que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho (de qué sirve una propiedad sino no puede ser excluida a todos los terceros) por lo tanto se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949) trata de brindar la cura (artículo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro. (Ramos R. V., 2010)

Creemos que el legislador al establecer esta norma desde el código antepasado de 1936, trato de basar su postura, que concertar requisitos adicionales u optar por un sistema más rígido, reduciría considerablemente el trafico inmobiliario, puesto que nuestra economía se centraba básicamente en esos tiempos lo agrario, paralizando de esa forma que haya menos circulación de la riqueza y que por tanto la economía se vea decaída, sin embargo ese sistema con el que se viene trabajando en estas épocas se ve modificado debido a que en la actualidad las personas migraron del campo hacia la ciudad de manera masiva volviéndose fundamentalmente una población urbana, que necesita gracias a la aparición de los registros, un mecanismo adecuado de publicitar su derecho y que este se vea protegido para futuras transacciones y de esta manera lograr la tan anhelada seguridad jurídica.

2.2.6.1 Inscripción excepcional del artículo 1135 del Código Civil

El problema surge cuando existen dos o más personas que intervienen en la adquisición de la propiedad inmueble, conocido en nuestro



ordenamiento como concurso de acreedores y en la doctrina como la “doble venta”, evidenciado en el artículo 1135. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

Si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La respuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral al tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agote su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda Transferencia? (Ramos R. V., www.congreso.gob.pe, 2010)

El artículo 949 (desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros) y , no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad toda poderosa hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador solo aplico el principio consensual “el solo contrato te hace propietario” y no le exigieron de

que el título tenía que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho (de que sirve una propiedad sino no puede ser excluida a todos los terceros) por lo tanto se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949) trata de brindar la cura (artículo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

Se trata dar una clara excepción del artículo 949 del código civil en donde triunfa el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el “propietario relativo” no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración (Barron, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002)

2.2.7 Desventajas del sistema consensual

El sistema consensual inspirado por el principio individualista de la revolución francesa expresado en el código de Napoleón, con las ventajas teóricas, entre las cuáles ubicamos *la facilitación de los intercambios, la rápida circulación de la riqueza y protección del comprador, no son suficientes para ofrecer el sistema más eficaz y seguro en la transferencia de la propiedad inmueble*. La situación del potencial adquirente (comprador) sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas (hipoteca, anticresis) que le afectan, existiendo algunas desventajas del sistema consensual: (Ramos R. V., El sistema



de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010)

a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la “*prueba diabólica*”. Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el término de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo periodo del tiempo, y aun cuando se utilice presunciones, estas siempre admiten prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas), este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

b) Por otro lado, inclusive en el caso de que haya de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.

c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquiriente.

d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la



reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión. (Barron, Curso de Derechos Reales, 2007)

SUBCAPITULO II

2.3. SEGURIDAD JURÍDICA

Cierto es que la seguridad jurídica requiere de gastos, la seguridad no es gratuita, sino que genera costos. No obstante, cierto es también que resulta más costosa la inseguridad. (Freyre, 2007, pág. 15)

El intercambio de bienes y con ello la posibilidad de que en efecto circule la riqueza, exige actualmente no solo la celeridad, sino también y fundamentalmente la seguridad. (Freyre, 2007, pág. 15)

Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Cuando contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el “precio de la incertidumbre” es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia, hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. Este es el principio que está detrás de la primera formulación del Teorema de Coase. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

2.3.2. Seguridad estática

Asimismo, es aquella que está destinada a proteger al derechohabiente o titular del derecho frente a las turbaciones o ataques de terceros, que

se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad. En otras palabras, la seguridad estática juega a favor del propietario o titular del derecho. (Rodríguez, 2015)

La seguridad estativa, básicamente es la que está presente directamente con el propietario, para evitar que terceras personas no traten de privarlo de su propiedad o lo perturben sobre la titularidad de ella, está íntimamente logada con la protección del propietario.

2.3.3. Seguridad dinámica

Desde otra perspectiva, es aquella que procura brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, aspecto, este último, que se proyecta en dos vertientes: protección de los acreedores del enajenante, que pueden ver burladas la garantía de este crédito con enajenaciones fraudulentas; y protección a los adquirentes, que no deben estar expuestos a la sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentra gravado, embargado o simplemente no pertenezca al transferente. (Rodríguez, 2015)

La seguridad dinámica en cambio es aquella que a diferencia de la seguridad estática que protege al titular del derecho (propietario), es la que protege al tercero que es un potencial comprador de la propiedad; es decir es aquella que protege directamente a los terceros que podrían realizar una compra de la propiedad y que a ella le afecte cargas como gravámenes o hipotecas sin que ellos tuvieran conocimiento de ellas.

2.3.4. Reflexiones entre la seguridad dinámica y estática

Es muy común la afirmación referida a que el registro es un instituto destinado a otorgar seguridad jurídica a los derechos, ya sea para



defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse. (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 81), de esta manera LA CRUZ y SANCHO citado por Gunther señalan que la finalidad primaria del registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con una consulta las difíciles indagaciones sobre la titularidad de los bienes.

Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el “interés del propietario” de no ser despojado sin su consentimiento; para otros debe primar la seguridad jurídica representada por el “interés del tercero” de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no hubiera sido el verdadero propietario. Se dice que hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, pues el ordenamiento finalmente optara una salida. En tal sentido, si el registro es una institución de seguridad, entonces parece claro que este debe optar, en la encrucijada, por el “interés del tercero”. Se dice que el valor inferior de la apariencia prima sobre el valor superior de la verdad como una medida desesperada para evitar los conflictos eternos o las dudas insuperadas. Eso mismo ocurre con la cosa juzgada, en donde se admite que una solución injusta pueda convertirse en definitiva para evitar un debate interminable; o en la prescripción extintiva de los derechos; por el que se puede beneficiar a un sujeto que incumplió la ley, pero de esa manera se impide que las pretensiones jurídicas puedan hacerse valer indefinidamente en el tiempo. Se dice entonces que la seguridad jurídica, como hermana menor, se impone en algunos casos por razones de política legislativa, en cuanto se considera preferible, en ocasiones, que prime la simple apariencia por sobre la realidad jurídica. (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 81)



Según Gunther no existe la seguridad estática y dinámica, porque es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Y demuestra con un ejemplo su aserto: supongamos que “A” es propietario inscrito de un predio determinado, sin embargo, este sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de “B”. Luego, “B” transfiere el bien a “C”, quien según la ortodoxia registral resulta contar con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe (art. 2014 CC). Así, la milonga de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a “C”), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, “A”). Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano Ehrenberg¹³, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico. (Barron, *El Nuevo Derecho Registral*, 2011, pág. 83)

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesitas y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario de

¹³ El jurista alemán Víctor Ehrenberg propuso en 1903 hacer una distinción entre la “seguridad del tráfico o seguridad dinámica”. Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si este es propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su derecho por un acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente.



hoy; por tanto, ambas posiciones se requieren de seguridad y justicia.
(Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 84)

De acuerdo con la apreciación que hace el autor Gunther, coincidimos en la misma lógica, puesto que la seguridad dinámica y estática, son dos caras de una moneda, que trabajan de una manera conjunta, ya que no se puede concebir una sin la otra; primero porque una persona que es propietaria un bien inmueble debe estar protegido con su derecho, debe sentirse seguro de su propiedad y que no se verá perturbado por terceras personas en una contienda de derechos; segundo que automáticamente al realizar una compra de un bien de igual manera tercero necesita las garantías necesarias para poder adquirir de manera clara, segura, precisa, legal una propiedad, sin que vicie de por medio una situación diferente a esta como la aparición de cargas o gravámenes que le afecten; de esta manera podemos asegurar que ambas tienen que estar presentes en un intercambio voluntario para que de esta manera se asegure de manera efectiva la transferencia y tanto los propietario, como los adquirientes tengan la seguridad plena con su adquisición.

2.3.5. Publicidad Registral

Dentro de este esquema, la publicidad registral se justifica por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación, y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia existencia y alcance, así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación.
(Freyre, 2007)



Las notas principales que caracterizan a la seguridad jurídica inmobiliaria, consecuencia de la publicidad registral son dos:

-La certeza, certidumbre, confianza o ausencia de duda que permite la predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existente.

-Certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, de manera que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre. (Freyre, 2007, pág. 38)

La publicidad registral es la que configura a la seguridad jurídica dentro de un sistema de propiedad idóneo, ya que hace posible que las terceras personas conozcan de que derecho se les está privando y no puedan incurrir en desconocimiento, así es un instrumento que facilita la información de quien es el propietario, también de las cargas que le afectan a la propiedad; entonces mediante la publicidad que otorga el registro trae consigo muchos beneficios a los propietarios que defienden su derecho amparados en el registro, y a los terceros, potencialmente compradores, para que se informen sobre la titularidad del bien y que no recaiga en ellos cargas que interfieran en la transferencia de la propiedad, asegurando de manera efectiva la seguridad jurídica de ambas partes.

2.4. Desde el Análisis Económico del Derecho

2.4.1. Seguridad Jurídica Objetiva

Es el producto destilado de la claridad, plenitud y estabilidad de las reglas que componen un determinado sistema jurídico (y, por supuesto, también de su eficaz administración judicial y cautelar). En definitiva, pues, la seguridad jurídica objetiva postula la existencia de un *ius certum*, que permita al individuo prever y calcular como serán resueltos los conflictos y las contingencias que eventualmente puedan



perturbar su programa de aprovechamiento económico de sus recursos. (Ares, 2000)

2.4.2. Seguridad Jurídica Subjetiva

Es una seguridad de realización. Hay seguridad jurídica allí donde reina la confianza de que el disfrute del valor de uso y del valor de cambio del recurso económico (que constituye el objeto del derecho subjetivo) no está amenazado por el riesgo de conductas ajenas. (Ares, 2000)

2.5. Desde la Doctrina Civil

El desarrollo de los negocios y de las transacciones solo es posible en un ordenamiento que este dominado por la idea de seguridad. (Picaso, 1996)

Significa, ante todo asequibilidad, conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de tal manera que se puedan predecir o pronosticar, con algún fundamento, los resultados o las consecuencias que de la situación puedan derivar. (Picaso, 1996)

Aquí lo que quiere decirse es que en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona debe ser protegido aunque de ellos resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro. (Picaso, 1996)



2.6. Desde el Tribunal Constitucional

“Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público, el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo”.¹⁴

“Y es que, si bien es cierto, tal como ha quedado dicho, la inscripción en el registro del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio del mismo, también es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica este del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea el reflejo de la realidad”.¹⁵

Precisamente, porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas, el contenido de los Registros es oponible a los terceros.

Dicha oponibilidad tiene generalmente en los Registros un doble aspecto: la situación publicada existe y afecta a los terceros; la situación no publicada no existe y no afecta a los terceros. La inoponibilidad puede ser absoluta la falta de inscripción impide que una determinada situación afecte al tercero, salvo que éste la conozca al margen del Registro, o no reúna alguno de los requisitos que se exigen para gozar de la protección registral (inscripción declarativa).

“Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible erga omnes, razón por la cual será más difícil

¹⁴ Expediente N° 0016-2002-AI-TC, publicada el 15 de mayo de 2003

¹⁵ Expediente N° 0016-2002-AI-TC, publicada el 15 de mayo de 2003



despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro económico que ello acarrearía”.¹⁶

2.7. Características del Registro otorgando Seguridad Jurídica

2.7.1. Control de Legalidad

El control de legalidad deriva de la finalidad misma de la publicidad, de manera que no cabe publicidad sin control de legalidad. Si la publicidad tiene por objeto el dar certidumbre a las relaciones jurídicas, ha de ofrecer datos; veraces: de lo contrario, ni puede ofrecer confianza ni la merecerá. (Rodríguez, 2015)

2.7.2. Conexión de los Asientos Registrales

Cada asiento que se practica en el Registro tiene que enlazar con el anterior. Este rasgo de la conexión no es un hecho puramente técnico, por el contrario, de un hecho dotado de una relevancia jurídica innegable. Esta relevancia jurídica se pone de manifiesto en los dos principales libros que de ordinario se llevan en los Registros: el libro Diario, cuyo orden determina la prioridad de los derechos; y el libro de Inscripciones del que deriva la función de exactitud de las situaciones jurídicas publicadas. (Rodríguez, 2015)

2.7.3. Signo de Cognoscibilidad

La evolución de la publicidad ha quedado reducida a una posibilidad de conocimiento. (Rodríguez, 2015)

¹⁶ Expediente N° 0016-2002-AI-TC, publicada el 15 de mayo de 2003



El conocimiento puede hacerse efectivo en todos los Registros de seguridad jurídica, a través de un traslado oficial con valor de documento público. (Rodríguez, 2015)

2.7.4. Oponibilidad frente a un Tercero

Precisamente, porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas, el contenido de los Registros es oponible a los terceros. (Rodríguez, 2015)

Dicha oponibilidad tiene generalmente en los Registros un doble aspecto: la situación publicada existe y afecta a los terceros; la situación no publicada no existe y no afecta a los terceros. La inoponibilidad puede ser absoluta la falta de inscripción impide que una determinada situación afecte al tercero, salvo que éste la conozca al margen del Registro, o no reúna alguno de los requisitos que se exigen para gozar de la protección registral (inscripción declarativa). (Rodríguez, 2015)

Los Supuestos que refiere la aplicación del principio de inoponibilidad (Gattari, 2004) :

- a) En la doble venta de un mismo inmueble, adquiere la propiedad el comprador que primero llega al Registro.
- b) La venta de un inmueble lleva la liberación de los derechos reales anteriores constituidos por el vendedor, pero no inscritos.
- c) En la adquisición de derechos reales limitados o de garantía, la inscripción de estos hace que se tenga como inoponible la eventual transferencia de propiedad no inscrita, aun cuando esta sea de fecha anterior a la constitución del derecho real imitado o de garantía, con lo cual el nuevo propietario tendrá que sufrir un gravamen respecto al objeto de su derecho.

SUBCAPITULO III

2.8. EL REGISTRO Y LA PUBLICIDAD

La finalidad del registro de la propiedad es robustecer la seguridad jurídica (con justicia) del tráfico patrimonial sobre los bienes inmuebles. ¿Y cómo se logra esa finalidad? Para ello el registro debe otorgar publicidad a ciertos derechos que tengan trascendencia frente a terceros y, por tanto, esta publicidad legal es el medio por el cual “crece el grado de seguridad de los terceros en orden a las relaciones jurídicas en general, en cuanto evita que negocios y actos queden ocultos”. Puede decirse que la publicidad es el acto de incorporación de la propiedad inmobiliaria y sus cargas en un libro o título formal: el registro de propiedad. Las ventajas de la publicidad son las mismas que cualquier otro formalismo, esto es, la certeza y seguridad de los derechos, la limitación de los conflictos y la movilidad del tráfico mercantil. (Barron, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002).

De esta manera nos damos cuenta que la publicidad es el objeto principal del registro, otorgando de esta manera la seguridad jurídica, tanto para el propietario actual, como a los terceros indicándoles de que derecho se les está privando; generando la máxima certeza de quien es el verdadero titular del inmueble y si tiene las facultades para enajenarlo.

Entonces la publicidad es un factor importante con la que cuenta el registro y otorga a las personas el conocimiento verdadero, para que pueden realizar transferencias inmobiliarias sin el temor que este no haya sido vendido a otra persona, que quien les vende es efectivamente el titular, que no pesa otra carga respecto del mismo inmueble, dinamizando de esa manera con la seguridad jurídica y la certeza, el libre tráfico de los bienes y la inversión a sus usos más

valiosos, puesto que las personas al estar seguros de su adquisición, asegurados que nadie les podrá privar de su derecho posteriormente, tengan a bien invertir con una seguridad total.

Para el doctor Vallet de Goytisoló, citado por (Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002), el registro es un instrumento de publicidad que juega en dos momentos:

- a) ANTES DE LA ADQUISICION: anunciando a todos quien es el titular, por lo menos formal, del inmueble que se desea adquirir, así como de las cargas y gravámenes que les afectaran en caso que se concrete el negocio adquisitivo.
- b) DESPUES DE LA ADQUISICION: si el adquirente inscribe su título de adquisición, lo hará invulnerable a las reclamaciones que resulten de causas ajenas al contenido del registro.

De esta manera gracias al aporte del autor Vallet, no solamente la publicidad registral cumple un solo papel, sino que sirve en dos momentos importantes para la realización de una transferencia inmobiliaria, principalmente en el ANTES y DESPUES, anunciando el verdadero titular del inmueble y las cargas por las que se ve afectado y la protección una vez inscrito el título, respectivamente, de terceros que se presuman propietarios.

2.8.1. Concepto de publicidad registral

Hernández Gil, citado por (Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002, pág. 57), se puede definir la publicidad registral como el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad “legal” es un servicio del estado, una función pública ejercida en interés de los particulares. El



fenómeno publicitario se lleva a cabo a través del registro, entendido como oficina pública en donde se reciben los datos (o derechos) de interés colectivo, y a donde igualmente se puede acudir para conocer la existencia y alcance de dichos datos.

En buena cuenta la publicidad registral es el instrumento principal que tiene los registros públicos y su principal característica, puesto que mediante el, se hace efectivo la publicación los datos y titularidades que gozan ciertos individuos y alcanzan al conocimiento general, la existencia de esta información, asegurando de manera efectiva quienes gozan de ciertos derechos y a los terceros de que se les está privando.

2.8.2. Concepto de publicidad registral: exteriorización continua y organizada

La publicidad implica hacer notorios ciertos hechos o datos, y en este sentido, es una forma de “publicación”. Sin embargo, no se puede confundir la publicidad legal del registro con otros tipos de publicación como son las notificaciones, los edictos o, en forma aún más genérica, la información que producen los diarios, periódicos o revistas. Ténganse en cuenta que la publicidad legal es “continua”, lo que significa que se produce de manera ininterrumpida o sistemática (publicación permanente), a diferencia de lo que ocurre con las notificaciones o edictos, en donde la notoriedad del hecho comunicado es esporádica. Por otro lado, la publicidad legal es “organizada”, lo que implica que se trata de hechos notorios que son puestos en conocimiento por parte de una oficina pública, lo que hace importante diferencia con publicaciones de diarios y revistas, salvo el caso específico de las publicaciones de normas legales, cuya publicidad es continua y organizada, aun cuando se diferencia en la tercera nota distintiva de la publicidad legal, ya que esta produce

efectos sustantivos de derecho privado. (Barron, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002, pág. 59)}

En este concepto se hace una clara diferenciación con la publicidad legal del registro, con respecto de otros tipos de publicación; la principal característica de la publicidad legal es que se realiza de manera sistemática y permanente, a diferencia de las notificaciones o edictos que se realiza de manera circunstancial. Asimismo otra característica de la publicidad legal, es organizada, e implica hechos notorios que son establecidos en una oficina pública, lo que no ocurre con publicaciones en diarios o revista; a excepción de las publicaciones de normas legales que también tienen la característica de ser continuas y organizadas.

2.8.3. Concepto de publicidad registral: cognoscibilidad legal

La cognoscibilidad legal alude a que el público en general goza de la posibilidad de conocimiento de los datos incorporados al registro. No es necesario un conocimiento efectivo de dichos datos, basta que el interesado haya tenido la posibilidad de conocerlos. Si efectivamente los conoció y tomo una decisión informada, en buena hora. Si no los conoció (por descuido, negligencia o ignorancia), pues, igualmente le afectan los datos inscritos, y no puede excusar su conducta en la ignorancia del hecho (oponibilidad). Inclusive si el sujeto no conoció los datos, pero le favorecen, su negligencia no tiene ninguna importancia, porque el hecho relevante es la oponibilidad del registro, sin importar la conducta subjetiva del interesado. A este último caso la doctrina alemana la denomina “buena fe fortuita”. (Barron, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002, pág. 60)



2.8.4. Concepto de publicidad registral: eficacia sustantiva o material

La doctrina reconoce que la publicidad registral produce por sí misma, efectos jurídicos que derivan del hecho publicitario y no del negocio o derechos publicados, pues, de no tener este acceso a la vida registral, aquellos efectos sustantivos no se producirían. En buena cuenta, el registro se halla destinado a una publicidad que excede la mera información o el archivo de datos, ya que en realidad busca asegurar la certeza y legalidad de los datos publicados. No se trata de una información más o menos confiable, sino, de una información que es exacta, por lo menos formalmente, y en la que el interesado puede depositar su confianza. (Barron, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2002, pág. 61)

2.9. Registro de predios

2.9.1. Creación del registro de predios

Luego de mucha insistencia por parte de la doctrina independiente en contra del mantenimiento de registros paralelos sin ningún sustento técnico, se acaba de promulgar la ley 27755 (publicada en el diario oficial el 15 de junio de 2002), de creación del registro de predios rurales a cargo de la superintendencia nacional de los registros públicos. (Morales, 1998)

La ley crea un solo registro de predios, pretendiendo poner fin a la problemática ocasionada por la coexistencia de hasta tres registros distintos. Los inconvenientes surgidos de este sistema son descritos de la siguiente manera en la exposición de motivos del proyecto (Morales, 1998):



- a) Confusión en los usuarios de todo el país respecto al registro competente, en tanto, no existe una separación geográfica definida de las tierras bajo competencia del RPU y el RPI.
- b) Los usuarios piensan que uno de los registros no es tan bueno o tan seguro como el otro, con lo cual se debilita la confianza en todo el sistema registral, se desalienta la inversión, se restringe el tráfico inmobiliario y se crea una sutil discriminación.
- c) La existencia de un registro financiado con recursos propios (RPI)¹⁷, frente a otro que genera un considerable egreso del tesoro público (RPU)¹⁸.
- d) Se impide la existencia de un verdadero sistema nacional de los registros públicos, tal como fue concebido por la ley 26366.

El artículo 1 de la ley crea el “registro de predios”, en el cual se unifica el actual registro de la propiedad inmueble, el registro predial urbano y la sección especial de predios rurales de la SUNARP. Sin embargo, la unificación no es inmediata, ya que la integración se realizara progresivamente en dos etapas (artículo 2) (Morales, 1998):

- I. En la primera etapa, el registro predial urbano se incorporara a la Superintendencia Nacional De Los Registros Públicos (SUNARP¹⁹), como órgano desconcentrado y con autonomía. En buena cuenta, en esta primera etapa solamente habrá una integración formal, en tanto, el RPU pasara a depender jerárquicamente de la SUNARP, pero nada más. Cada uno de los registros seguirá actuando independientemente el uno del otro.

¹⁷ (RPI) Registro de Propiedad Inmueble

¹⁸ (RPU) Registro Predial Urbano

¹⁹ Superintendencia Nacional de los Registros Públicos



- II.** En la segunda etapa, el RPU conjuntamente con la sección especial del registro de predios rurales, se integrara en un registro de predios que operara en cada oficina registral del país. La ley no dice que cosa es materia u objeto de la “integración”, y ello no es una muestra clara que los autores del texto no saben a ciencia cierta lo que debe hacerse durante este proceso de unificación. *Para la opinión del autor Gunther, la integración debe producirse en los procedimientos, en la normativa, en el archivo documental, en los efectos de la inscripción, y en la organización administrativa, incluyendo el tema de la necesaria racionalización del personal y de las plazas necesarias para cubrir el servicio. Estos son los cinco ejes para el desarrollo de la reforma.*

2.9.2. Esencia y función jurídica del registro

El registro busca proteger y asegurar los actos de transmisión y adquisición de los predios. Es decir, esta institución se encuentra exactamente en el medio del fenómeno económico de circulación de la riqueza, y ha sido creada con el fin de que los adquirentes conserven sus derechos basándose en la publicidad de los actos; y sin que alguna circunstancia oculta pueda afectarles. (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011)

El registro, para ser tal, se compone de tres elementos esenciales: (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 52)

- I.** Archivo de actos y contratos: referidos a un sujeto o bien específico, y en cuya virtud se extienden las distintas inscripciones;



- II. Archivo público: que permite el acceso de todos aquellos que tienen interés en conocer la información que contiene;
- III. Productor de efectos jurídicos de derecho privado, por lo cual se pone en situación de ventaja al sujeto que inscribe su derecho; y se perjudica a quien no lo hace. Ese es el caso, por ejemplo de los principios de inoponibilidad de no-inscrito (artículo 2022²⁰CC²¹), fe pública registral(art.2014²² CC y prioridad (art. 2016²³ CC)

Messineo Francesco, citado por (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011) indica que el registro se justifica mediante la siguiente razón de política legislativa: otorgar publicidad a las transferencias, con el fin que los derechos o cargas ocultas no perjudiquen a los terceros adquirentes, pues ello simplemente paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza territorial a causa de la falta de certeza respecto de la situación jurídica de los bienes inmuebles(determinación de su propietario y de los gravámenes cargas que sufre).

Esta institución nace, pues, para cumplir una evidente necesidad de certeza que, en ese caso no resulta satisfecha por la sola actividad de los contratantes, sino, viene ayudada por el estado a través de la organización de un sistema de publicidad. El núcleo de la publicidad es constituir una información pública, y con determinadas garantías, referente a las situaciones jurídicas de carácter inmobiliario o de otras

²⁰ Artículo 2022º.- 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.

²¹ Código Civil Peruano

²² Artículo 2014º.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

²³ Artículo 2016º.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.



relevantes para el tráfico patrimonial. (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 52)

Puede decirse que la publicidad es el acto de incorporación de la propiedad inmobiliaria y sus cargas en un libro o título formal: el registro. Las ventajas de la publicidad son las mismas que cualquier otro formalismo, esto es, la certeza y seguridad de los derechos, la limitación de los conflictos y la movilidad del tráfico mercantil. El elevado valor de los inmuebles hace necesaria una especial seguridad en su circulación, y esa seguridad solo puede lograrse con el conocimiento de sus circunstancias jurídicas; citando a Vallet de Goytisolo (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011) al establecer estos dos momentos:

- a) **ANTES DE LA ADQUICISION:** anunciando a todos quien es el titular, por lo menos formal, del inmueble que se desea adquirir, así como de las cargas y gravámenes que les afectaran en caso que se concrete el negocio adquisitivo.
- b) **DESPUES DE LA ADQUICISION:** si el adquirente inscribe su título de adquisición, lo hará invulnerable a las reclamaciones que resulten de causas ajenas al contenido del registro.

Sea en cualquiera de los momentos señalados, el fenómeno publicitario se muestra como la técnica tipificante de la institución registral. Se trata de su naturaleza ontológica, de su modo de ser, de su nervio o núcleo. De allí que podamos bautizar a la publicidad legal como la “esencia del derecho registral”, entendiendo el término “esencia” en su primera aceptación gramatical, esto es, la que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariables en ellas . (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011)

2.9.3. Función primaria del registro: configurar una prueba de la propiedad

Uno de los problemas fundamentales del derecho privado práctico es dilucidar la condición de propietario y la adecuada prueba del derecho que se invoca (título). En buena cuenta, lo que se busca es configurar un régimen legal de prueba de la propiedad que permita responder con facilidad a las siguientes preguntas: (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011)

- ✓ ¿Quién es el propietario del bien?
- ✓ ¿Qué títulos puede exhibir el propietario como prueba eficaz?
- ✓ ¿Qué otros derechos concurren con el propietario respecto al mismo bien?

2.9.4. Función complementaria del registro: protección de los terceros que confían en la apariencia del registro

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho; mientras que por el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición en mérito a su confianza en una situación de apariencia razonable, que a cualquiera lo hubiese engañado, y a pesar de que el transmitente no era el titular del derecho. El primero representa la “realidad jurídica”, pero que a veces es insondable u oculta para la generalidad. La segunda representa la “apariencia”, cuya notoriedad o publicidad hace que un tercero pueda engañarse, de buena fe, creyendo que esa circunstancia aparente es conforme a la verdad y, en consecuencia, dicho tercero actual como si fuese tal. Siendo así, se produce un conflicto entre el verdadero titular, que de alguna manera termina con su derecho en cuestionamiento y por el otro lado, se encuentra el tercero de buena fe que supuso, y el contexto lo avalaba, que su adquisición era correcta y ajustada al



derecho (cualquier persona se hubiese engañado en dichas circunstancias; de allí nace el nombre de la doctrina del “error común”, típica de los franceses, la cual todos hubiesen sufrido ese error). (Barron, El Nuevo Derecho Registral, 2011, pág. 61)

SUBCAPITULO IV

2.10. COSTOS DE TRANSACCIÓN

Para comenzar este capítulo, referido a los costos de transacción definiremos de manera clara el concepto que abarca dicho precepto citando al premio nobel de economía Ronald Coase: No es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en cuenta en qué orden son llevadas a cabo; descubrir con quien uno desea tratar, informarse acerca de que se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que llevaran al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la inspección necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados. (Coase, 1960)

En palabras simples, los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, es decir que celebrar un contrato cuesta, y que en algunos casos estos son tan altos que puede evitar que se perfeccione el contrato, o llevar a que este se perfeccione en términos ineficientes. De esta manera cuando los beneficios de contratar son menores a los costos que las partes asumen por contratar, las partes tomando una decisión razonable no contrataran, porque ello les generaría perdidas. (Encalada, 2008)

Por ejemplo: En un contrato de compra venta de una casa, “X” es el vendedor y “Y” el comprador, los dos tiene que asumir diferentes costos para celebrar el contrato; “Y” gastara tiempo y dinero en



identificar quien es propietario del bien, identificar las características del inmueble, contratar un abogado para que revise sus títulos de propiedad, verificar costos y hacer comparaciones de precios; por otro lado “X” también gastara tiempo y dinero en identificar al posible comprador, identificar su poder económico. Además de ello, ambos generaran otro costo al contratar un abogado para redactar el contrato y su posterior inscripción, monitorear el contrato y el costo de oportunidad.²⁴ De esa manera esos costos influyen en la decisión de los contratantes, cuando este es muy elevado. (Encalada, 2008)

Definitivamente lo que Fernández Cruz plantea en su apreciación con el sistema de propiedad en el Perú, elimina ciertos costos. El problema es que, como hemos visto, genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato. Por ejemplo, si a uno le dan la opción de cruzar una calle caminando por la calzada o la de cruzar por un cable tendido entre dos edificios de un lado a otro de la calle, es lógico pensar que mucha más gente va a pasar por la calzada que por el cable, por una simple razón: por la calle hay más seguridad, mayor certeza, mientras que por el cable se está siempre sujeto a la contingencia de que un tercero - adquirente de buena fe-, nos haga “caer”. Esta incertidumbre hará que menos gente pase por el cable y más pasen por la calzada. (Gonzales, Propiedad Inconclusa, 2004)

Tomando en consideración la posición de Bullard, los costos de transacción en un sistema del mero consenso eliminan ciertos costos, pero principalmente al reducir estos, genera otros como es el costo de la incertidumbre, la seguridad tiene un costo adicional lo cual en casos

²⁴ El costo de oportunidad es el costo de transacción que se refleja en las opciones de celebrar otros contratos que hemos perdido por concentrar nuestros esfuerzos en la culminación de esta transferencia



como los inmuebles resulta necesario y lógico para su identificación y protección.

2.11. LA SOCIEDAD AGRARIA EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES

La sociedad peruana en 1936, en el mismo año que entró en vigencia el código civil de 1936, el sector agrario representaba la primera fuente de nacionales, la población económicamente activa, se encontraba residiendo en el campo. (Ramos R. V., El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, 2010, pág. 35)

Durante el transcurso del siglo XX las sociedades han sufrido un incontrolable fenómeno de urbanización, esto es, la población ha pasado a ocupar preponderantemente las urbes, abandonando progresivamente el campo. Esta realidad social tiene un carácter prácticamente universal y también se ha presentado dramáticamente en nuestro país. (Ramos R. V., 2010, pág. 36)

De acuerdo con el censo del año 1940, el 17% de la población total del Perú vivía en ciudades de más de 20, 000 habitantes, mientras que a fines de la década de los sesenta, el 65% de dicha población ya era urbana (JOSE MATOS POPULAR Y CRISIS DEL ESTADO).

Estos grupos humanos que buscaban asentarse en las principales ciudades del país se encontraron prácticamente fuera del círculo económico, del mercado y de la legalidad vigente. Y para ello crearon su propia legalidad. (Ramos R. V., 2010, pág. 40)

Lo cual ha motivado a que el poblador urbano tome la posesión del suelo mediante el “contrato de invasión”, o por medio de



compraventas dudosas que amparen la tenencia del predio rustico.
(Ramos R. V., 2010, pág. 40)

En las últimas décadas se aprecia un intenso crecimiento de las ciudades del país, originando diversos problemas típicos de los crecimientos urbanos informales o desodorantes: como la especulación de la tierra, el encarecimiento de la vivienda, la tugurización particularmente en los asentamientos humanos, degradación del medio ambiente, etc.; de modo que el Perú se ha transformado de un país de predominio poblacional rural a uno fundamentalmente urbano. (Ramos R. V., 2010, pág. 38)

En 1940 la población urbana solo representaba el 27 % de la población total actual, en 1993 ya superaba el 70% y se estima que para el año 2018 será de un aproximado de 90%, realidad que nos impide a afrontar el problema ya, como un reto nacional y no únicamente capitalino. (Ramos R. V., www.congreso.gob.pe, 2010)

Así dadas las consideraciones expuestas al inicio de este capítulo, nuestra sociedad está cambiando constantemente en todos los aspectos, y la transferencia de bienes inmuebles no es la excepción, consideramos que la posición de Fernández Cruz indicando que el sistema francés del mero consentimiento es la más idónea para el país por su economía preponderantemente rural y agraria, ya se encuentra fuera del contorno y la realidad, efectivamente en esa época tuvo una argumentación eficaz, ya que para las personas les era más práctico transferir sus propiedades por el solo contrato sin ningún requisito adicional, por las barreras que tenían para acceder al registro, los elevados costos que tendrían que pagar (abogados, notarios, transporte); el país está en una etapa de crecimiento e inversión, sobre todo en la urbes y necesitan que el estado les otorgue las garantías máximas con un sistema de transferencia idóneo para que se sientan



seguros de su propiedad y puedan excluirlas de manera total, sin el temor que se les privara de su derecho más adelante.

Entonces debido a las épocas actuales y el aumento de la población en las urbes, además por la criollada de muchas personas al celebrar un contrato, urge que el estado otorgue las garantías necesarias para poder brindar una seguridad plena en cuanto a las ventas futuras de los inmuebles.

CAPÍTULO III

3. RESULTADOS Y ANÁLISIS DE HALLAZGOS

Para validar la hipótesis realizada en el trabajo, en este capítulo además del desarrollo doctrinario citado en el capítulo precedente de la investigación, se ha tomado en cuenta las entrevistas al Dr. Jorge Ortiz Pasco (Pasco, 2015), Dr. Renzo Ortiz Diaz y al Dr. Alfredo Bullard Gonzales, por lo cual adjunto a los anexos del trabajo en documento transcrito, en soporte magnético y que será citado en las partes convenientes.

Resultado I

En el inicio del presente trabajo se planteó como uno de los problemas específicos absolver la interrogante “¿Cuáles son desventajas del sistema consensualita de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano?” por lo que el objetivo específico planteado ha sido establecer las desventajas del sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú; en este contexto es que se ha realizado una revisión doctrinaria y jurisprudencial sobre este tema tan controvertido, a partir de los cuales el suscrito ha podido advertir que uno de los primeros factores que inciden en la deficiente regulación del artículo 949 del código civil peruano es que el sistema que optó el legislador en el Código Civil de 1984 en materia de transferencia de propiedad inmobiliaria, la seguridad que concede este sistema, ofrece menos garantías que los modelos en los cuales se exige la inscripción registral para transmitir el derecho. Afirmación que a continuación procedemos a explicar de forma detallada.

El sistema de transferencia de propiedad inmueble, desventajas

En principio el artículo 949 del Código Civil, establece que: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, ello en concordancia del artículo 923 del mismo código, que define al derecho de propiedad como el poder jurídico



que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; debiendo ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley; a ello se agrega el artículo 1529 del CC que refiere, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

De esta manera se precisa que el sistema de transferencia de bienes inmuebles tiene arraigada la teoría francesa, siendo solamente suficiente el acuerdo de voluntades (contrato) para que se produzca la transferencia, sin necesidad de un requisito adicional para que este se perfeccione; entonces se puede deducir que la transferencia opera en un solo momento, no existiendo como en otros sistemas él (título y modo), como se desarrolló en el apartado 2.2.3; estableciendo que la inscripción en el registro de propiedad inmueble no tiene carácter obligatorio, siendo declarativa de derechos, mas no constitutiva; encontrándose muchas desventajas respecto de este sistema:

a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la "prueba diabólica". Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el término de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo período de tiempo, y aun cuando se utilicen presunciones, estas siempre admiten prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas) este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

Así Ortiz Diaz refiere que también un problema derivado del sistema es la obsolescencia del registro, es decir, como tenemos un sistema registral donde la inscripción no es obligatoria producto de nuestro sistema declarativo mucho depende de la voluntad del propietario de actualizar el registro, es decir, podemos



tener ejemplos donde hay inmuebles inscritos pero que quien realizo la inmatriculación, la primera inscripción del bien fue el primer propietario, posteriormente se ha ido transfiriendo el derecho y los sucesivos propietarios no han realizado la actualización o la inscripción de su respectivo derecho en el registro, entonces el principal problema es el desfase que existe entre la realidad registral, es decir, la que publicita el registro y la realidad extraregital, que es la que realmente existe en la esfera jurídica. (Diaz, 2017)

De la misma manera Bullard agrega que 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. (Gonzales, 2017)

b) Por otro lado, inclusive en el caso de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.

Así mismo Bullard Gonzales, acota que se genera una propiedad con exclusión limitada que en estricto no es propiedad. Ello eleva los costos de transacción en la economía de transferencia de bienes y con ello hace más costosa la actividad económica. Un adquirente no tiene plena seguridad de poder obtener el derecho sobre el que contrato confiando solo en el registro. (Gonzales, 2017)

c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquirente.

d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea



por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión.

Este principio consensual que tiene la teoría francesa, tiene como principal fundamento la mayor circulación de la riqueza y a la utilización de los recursos, puesto que no necesitas requerir de gastos (abogados, notarios, registros) situación en la los legisladores del código de 1984 mantuvieron su postura indicando que se siga con el sistema consensual y dando como uno de sus argumentos que si fuera obligatoria la inscripción paralizarían los intercambios de propiedad, de modo que no se llegue a cumplir con los objetivos que tiene un sistema de transferencia de propiedad idóneo.

Al respecto de ello consideramos que estudiando el estado actual del Perú en esa época, la economía era preponderantemente rural agraria, lo que quiere decir que el legislador dada esas condiciones opto por elegir el sistema consensual, y de esa manera acelerar la circulación de la riqueza; sin embargo en las últimas décadas el Perú tuvo un intenso crecimiento de todo su territorio nacional, básicamente las personas que radican en los campos de vieron obligadas a migrar a la ciudad buscando nuevas oportunidades , lo que ocasiono la turgurizacion urbana informal en los asentamiento humanos y diferentes partes del país, transformándose de esa manera el Perú, en uno de arraigo rural y agrario, a uno fundamentalmente urbano.

En el año de 1940 según los estudios, la población básicamente urbana representaba el 27% (Ramos R. V., 2010), esto se ha venido incrementando a lo largo de los años, es así que con otro estudio realizado en el año 1993, la población urbana, incremento en un 43%, lo cual suma un total de 70% de la población que es básicamente urbana (Ramos R. V., 2010), esto se está incrementando a pasos agigantados con el paso del tiempo y merece una tratativa especial en cuanto al sistema de propiedad inmueble; esto quiere decir que debido a la migración del campo a la ciudad nuestro país, dejo de depender, de una economía agraria, y en este momento nos encontramos en una situación diferente en la época que se promulgo el código de 1984.



El desarrollo del país en base a economía es fundamental, tenemos claro que el estado debe facilitar y brindar las garantías necesarias jurídicas y económicas dentro del sistema de transferencia de propiedad inmueble, al ser la propiedad un derecho fundamental de toda persona y como tal, se necesita que el estado proteja los derechos de la propiedad, instaurando mecanismos eficientes que aseguren y garanticen la seguridad jurídica; el sistema actual trae consigo muchas desventajas e inseguridades que se van desarrollando día a día.

Resultado II

Oponibilidad y exclusividad

Las dos características principales del derecho de propiedad y que lo diferencian de las demás, es su oponibilidad y exclusividad, que son dos características esenciales y que van acompañadas una de la otra; su exclusividad es “ERGA ONMES”, es decir, una oponibilidad absoluta del derecho sin que un tercero perturbe la titularidad del mismo y de esta manera el propietario tiene el incentivo para invertir capital en su bien puesto que sabe que nadie podrá privarlo de su propiedad y tenga una seguridad plena internalizando las externalidades.

Para continuar con el resultado II, es preciso definir que son las externalidades; en toda actividad humana existen beneficios y costos que son asumidos por la propia persona que lo realiza, por poner un ejemplo cuando un campesino siembra la tierra y posteriormente la cultiva, los frutos que saldrán de ella son el beneficio que obtendrá, sin embargo no todos los costos o beneficios son asumidos directamente por el agente que lo provoca; supongamos que exista una fábrica de ladrillos donde la contaminación que genera perjudica directamente a los vecinos que viven por esa zona, este costo generado no es asumido por el agente, sino por las personas que sufren los daños que derivan propiamente de la contaminación; por otro lado regresando al ejemplo primero el mismo campesino construye un canal de irrigación para sus tierras que también benefician a tierras de sus vecinos,



que no hicieron ninguna inversión para la irrigación. Todos estos costos y beneficios que no son asumidos directamente por la persona que los realiza, se denominan externalidades.

Siguiendo con esta explicación cuando se internalizan las externalidades, quiere decir que las personas toman en consideración los efectos, o daños que generan o puedan producir sus acciones, y que de esta manera se comporten de manera más racional y tengan cuidado con sus acciones.

Entonces podemos asegurar que un sistema idóneo de propiedad es aquel que permite el máximo grado de exclusión, pero al menor costo posible, y ello determinaría que el inmueble adquiriera un mayor valor, puesto que esto determina que la propiedad más valorada es aquella que permite excluir a todas las personas.

Es por ello que Ortiz Pasco refiere que la oponibilidad al fin y al cabo es una razón de ser de un sistema, y como tal creo firmemente que la mejor forma de hacer oponible el derecho de propiedad en el Perú, es haciendo que los predios se tengan que inscribir. (Pasco, 2015)

Así se tiene que tomar en cuenta que para tener un máximo grado de exclusión se tiene que publicitar el derecho, es decir hacerlo público a terceras personas, si esto no fuera así los terceros no podrían identificar al titular de la propiedad y por lo tanto esta exclusión se convertiría en ineficiente, dentro de este marco un sistema como el consensual, que está basado en la mera convención (contrato) para excluir a los demás es ilógico e irracional en términos de seguridad; es entonces que se crea un mecanismo más eficiente de publicidad como es el registro público que genera un costo, pero este es sumamente bajo relativo a la seguridad que pueda otorgar a un inmueble por su alto valor significativo y que su uso justificaría el fin que es lograr la seguridad jurídica.

Y como refiere Bullard, 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. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que, advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo, construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca. (Gonzales, 2017)

Resultado III

Costos de transacción

Es claro que los sistemas de transferencia de propiedad idónea tiene que cumplir con dos objetivos muy importantes; primero permitir la máxima circulación de la riqueza, es decir, que se logre el mayor número de operaciones de intercambio para que de esa manera se haga más fácil contratar; y en segundo lugar debe existir un signo de cognoscibilidad que permite la perfecta exclusión para terceras personas, es decir, generar una garantía y seguridad jurídica para los adquirentes.

Para que se consiga a seguridad jurídica se necesita mejorar la información y de esa manera se reduzca el costo de la incertidumbre, la posición de Fernández Cruz que se abordó en el apartado 2.2.3.6 nos explica que el sistema consensual es el idóneo para la época actual por que la economía en ese entonces era rural y preponderantemente agraria y exigir requisitos adicionales como el registro para publicitar el derecho era innecesario, la solución suena lógica, pero lo que se olvida es que por aliviar los primeros costos, genera otros costos que son básicamente el costo de la incertidumbre, ello genera inseguridad al potencial adquirente porque no sabe quién verdaderamente es el propietario del bien y puede que no le compre por la inseguridad que tiene, o en todo caso le compre a un precio que no es el adecuado, y eso se puede apreciar que la seguridad tiene un



precio adicional por la que se paga, en consecuencia la propiedad vale menos si existe esa incertidumbre.

Resultado IV

Dentro de nuestro siguiente objetivo es establecer si el sistema actual sistema de transferencia de propiedad inmueble otorga seguridad jurídica, dentro del resultado I, II, y III, enmarcamos bien las desventajas que tiene el sistema consensual y su coordinación con el registro, que básicamente reconoce la importancia de la inscripción de un predio en el registro correspondiente cuando hay conflictos de derechos.

Y así como refiere el Dr. Ortiz la seguridad que brinda el sistema declarativo es relativa, no absoluta; fundamentalmente por dos motivos, uno puede ser propietario según lo que establece nuestro código civil, propietario de un bien inmueble únicamente a través del consentimiento entre las partes no requiere en teoría de un contrato escrito , podría transferirse un inmueble verbalmente a través de un contrato verbal; y por otro lado de que nuestro sistema declarativo también está abierto al tema de la prescripción adquisitiva entonces al ser nuestro sistema declarativo lo cual conlleva a una inscripción no obligatoria existe una inseguridad al propietario porque fundamentalmente no tiene mecanismos salvo el registro para poder oponer su derecho. (Díaz, 2017)

Consideramos que hoy en día pese a que las inscripciones registrales tienen carácter declarativo, las personas recurren más al registro porque les ofrece mejores garantías, al respecto de ello nombraremos tres específicas

- En primer lugar, las personas inscriben sus transferencias de propiedad inmueble en el registro correspondiente, porque reconocen las bondades que este acto ofrece oponiendo su derecho frente a todos, gracias a la publicidad que otorga el registro público.



- En segundo lugar, actualmente las personas inscriben los actos para protegerse de terceros que realizan operaciones con el titular del derecho inscrito, esto otorga mucha seguridad facilitando uno de los objetivos que todo sistema de transferencia debería tener; que es la circulación de la riqueza dinamizando los intercambios voluntarios.
- Y finalmente en tercer lugar, esta inscripción le resulta de vital importancia para el titular de la propiedad, puesto que tiene un medio de prueba eficaz para proteger su derecho adquirido.

Todos estos beneficios que trae consigo el registro, ha motivado a que un amplio grupo de nuestra sociedad se incline por la inscripción registral y ha dejado de ser un acto eventual para ellos, de manera que poco a poco se va convirtiendo en una práctica constante.

Nos parece evidente que el artículo 949 del código civil, es capaz de crear una propiedad relativa, pero que sin embargo esta puede corregirse con la aplicación coordinada del registro y volverse en una absoluta, para que de esta forma de logre un derecho seguro, sólido y estable.

Resultado final

Por todo lo expuesto consideramos que el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú, inspirado en el sistema francés del simple consentimiento, no otorga seguridad jurídica.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Habiendo realizado el análisis referente al sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, se ha determinado que la regulación de esta figura no otorga seguridad jurídica al comprador por haber adoptado un sistema que no exige la publicidad del derecho y por lo tanto no es eficiente con su relación del registro viendo claramente las inconsistencias con la concurrencia de acreedores.

SEGUNDA.- El artículo 949 del Código Civil Peruano, denota un problema en la falta de publicidad para la adquisición del bien inmueble, por tanto no existe seguridad frente a terceros (potencialmente compradores) que podrían perturbar la propiedad al desconocer el derecho del que han sido excluidos.

TERCERA.- El sistema de transferencia de propiedad inmueble grafica una propiedad relativa, ya que por el sistema que optó el legislador de 1984 en el Código Civil, solo es necesaria la voluntad de las partes para que esta se perfeccione, pues no permite excluir a todos, esto se observa cuando un adquirente posterior que inscribe su derecho no podrá ser excluido, en definitiva nadie es auténtico propietario al celebrar un simple contrato.

CUARTA.- Respecto a la función que la propiedad debe desarrollar, el solo consentimiento para transmitir la propiedad, es incoherente, ya que el contrato es un acto que al ser privado, queda oculto al conocimiento de terceras personas, sin tener un signo de certeza e información sobre quien efectivamente es el titular del derecho para poder realizar la transferencia de la propiedad. La disfuncionalidad y pocas garantías que ofrece este sistema serían evidentes.

QUINTA.- La falta de seguridad y certeza en la transmisión de propiedad inmueble, específicamente en la exclusión y oponibilidad, determina que muchas



transferencias de propiedad no se realicen debido a la incertidumbre que tienen respecto de su derecho.

SEXTA.- La inscripción registral de un inmueble en nuestro país es declarativa de derechos, pero el artículo 1135 del código civil peruano otorga la garantía en los casos donde existe concurrencia de acreedores, constituyendo de esa manera la importancia de la inscripción de una propiedad en un registro y convirtiéndose en estos casos constitutiva de derechos.

SEPTIMA.- La principal función de los registros de predios es básicamente la protección sobre los derechos de propiedad, ya que su oponibilidad fundamentada en la publicidad registral hace que esta institución dote de una garantía y seguridad jurídica plena sobre los derechos que se publicaron para proteger el derecho de propiedad.



RECOMENDACIONES

- 1) Es recomendable realizar más análisis dogmáticos del tema referido al sistema de transmisión de propiedad inmueble en el Perú, debido a que es un tema de gran importancia para la convivencia de la sociedad.
- 2) Es recomendable que el sistema de transferencia de propiedad inmueble tenga una coordinación con el registro, asegurando la seguridad jurídica en las transferencias de propiedad inmueble ya que es fundamental para proteger el derecho y los derechos de las personas.
- 3) Es recomendable que debido a la realidad nacional que vivimos hoy en el Perú, el gobierno tome las medidas necesarias para que las transferencias inmobiliarias se hagan con total seguridad, impulsando el desarrollo de un catastro sólido y fuerte que sirva como base fundamental para el registro.
- 4) Es recomendable que frente a la informalidad que vivimos sobre todo en el registro de predios, este se perfeccione con la inscripción para otorgar seguridad jurídica.
- 5) Es recomendable que, con miras a establecerse un sistema constitutivo de propiedad, basado en el registro, se tome en consideración la propuesta en la clasificación de los bienes registrados y no registrados propuesto por el Dr. Jorge Avendaño, donde los bienes registrados se transfieren por registro y los no registrados por tradición o entrega, para asegurar la seguridad jurídica dentro del Perú.
- 6) Es recomendable que SUNARP (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos) brinde charlas informativas a la sociedad en general sobre la gran importancia de la adquisición de los bienes inmuebles y la seguridad que puede otorgar la inscripción registral en las transferencias inmobiliarias.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Albadejo, M. (1995). *Sistemas de Propiedad*. Lima: Civitas.
- Albadejo, M. (1995). *Sistemas de Propiedad*. Lima: Civitas.
- Ares, C. P. (2000). *Seguridad Juridica y Seguridad de Trafico*. España.
- Barron, G. G. (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores.
- Barron, G. G. (2005). *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Barron, G. G. (2007). *Curso de Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores.
- Barron, G. G. (2011). *El Nuevo Derecho Registral*. Lima: Caballero Bustamante S.A.C
- Borda, G. A. (1997). *Manual de Derechos Reales* (PERROT ed., Vol. CUARTO). Buenos Aires.
- Chrem, J. B. (2000). *La Compraventa y la Transmision de Propiedad*. Lima: Jurista Editores.
- Coase, R. (1960). The Problem Of The Social Cost. *Journal Of Law And Economics, III*.
- Costa, R. F. (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones*. Lima: Grijley.
- Diaz, R. O. (5 de setiembre de 2017). (J. J. Gamarra, Entrevistador)
- Encalada, B. P. (2008). *Los Costos de Transaccion de el Contrato de Compraventa de Bienes Inmuebles*. Lima: Universidad San Martin de Porres.
- Felipe Osterling Parodi- Mario Castillo Freyre. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Palestra.
- Freyre, M. C. (2007). *La Transferencia de propiedad inmueble en el Peru y la Seguridad Juridica*. Lima: Palestra.
- Gaston, F. C. (1998). *Comentario al Sistema de Transferencia de Propiedad Peruano* .
- Gattari, N. C. (2004). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Depalma.
- Gonzales, A. B. (2004). Propiedad Inconclusa. *Ius Et Veritas*, 102.
- Gonzales, A. B. (2008). Parchando el Código: la reforma a media caña del libro de derechos reales. *Themis* 60, 19.
- Gonzales, A. B. (10 de agosto de 2017). (J. J. Gamarra, Entrevistador)



- Lavalle, M. d. (2002). *Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad*.
- Lavalle, M. d. (2008). El Contrato con Efectos Reales. *Ius Et Veritas*, 12-16.
- Loli, L. G. (1997). Seguridad Juridica y Registro Inmobiliario. *Revista del Colegio de Notarios de Lima*, 113.
- Marcel, P. (1988). *Tratado Practico de Derecho Civil Frances*. Madrid: Civitas.
- Maseaud, H. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Juridica.
- Morales, E. V. (1998). *La inscripcion Registral de la propiedad inmueble en el Peru*. Lima: Fondo Editorial.
- Parodi, F. O. (2003). *Las Obligaciones*. Lima: Palestra.
- Pasco, J. O. (25 de Enero de 2015). El Derecho al Hecho . (I. 360, Entrevistador)
- Pezet, M. A. (1998). *Exegesis* (Vol. TOMO IV). Gaceta Juridica.
- Pezet, M. A. (2001). *Exegesis*. Lima: Gaceta Juridica.
- Picaso, L. D. (1996). *Teoria del Contrato* . España: Editorial Civitas.
- Ramos, R. V. (2010). El sistema de transferencia de propiedad inmueble en elCodigo Civil Peruano. 20-21.
- Ramos, R. V. (2010). *Sistema de Tansferencia de Propiedad*. Lima.
- Ramos, R. V. (02 de Febrero de 2010). www.congreso.gob.pe. Obtenido de www.congreso.gob.pe:
http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052



579B50075B041/\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERU
ANO.pdf

- Rodriguez, L. B. (2015). El Establecimiento del caracter constitutivo de la Inscripcion. 89. Trujillo, Peru.

- Sampieri, R. H. (2014). *Metodologia de la Investigacion* . Mexico: McGraw-Hill/Interamericana Editores.

- Valdez, J. A. (2003). *Codigo Civil comentado - Por los cien mejores especialistas* (Vol. I). Lima: Gaceta Juridica.

- Valdez, J. A. (2004). *Clasificacion de los Bienes y Transferencia de Propiedad*. Lima: Jurista Editores.



ANEXOS

ANEXO I

Entrevista al Dr. Jorge Ortiz Pasco

ANEXO II

Entrevista al Dr. Renzo Ortiz

ANEXO III

Entrevista al Dr. Alfredo Bullard Gonzales

ANEXO VI

Diarios de debate

ANEXO VI

Ficha de comparación normativa



ENTREVISTA AL DOCTOR JORGE ORTIZ PASCO (Pasco, 2015)

Soy Jorge Ortiz Pasco, abogado del estudio Ehecopar, profesor de la PUCP, fundamentalmente de los cursos de reales, garantías, y seminario de propiedad; profesor también de la Universidad de Piura de los cursos de garantías y derecho registral, y también en ambas casas de estudio enseño postgrados.

PREGUNTAS

1.- ¿COMO HACER QUE TU PROPIEDAD SEA REALMENTE TUYA EN EL PERU?

Quiero recalcar dos términos de la pregunta, primero “realmente” y segundo “en el Perú”. soy de las personas que siempre ha creído que un gran favor nos harían a todos, y no estoy hablando de abogados sino de todos , la ciudadanía , el país , del poblador común y corriente , si es que tuviéramos una clasificación de los bienes desde registrados y no registrados, si queremos hablar de una verdadera oponibilidad y no una oponibilidad como la que tenemos hoy en la que unos piensan una cosa y en las que otros piensan otra , unos interpretan un artículo y otros interpretan otro , creo que la oponibilidad al fin y al cabo es una razón de ser de un sistema , y como tal creo firmemente que la mejor forma de hacer oponible el derecho de propiedad en el Perú , es haciendo que los predios se tengan que inscribir.

2.- ¿SOBRE QUE ASUNTOS UNO DEBE TENER CUIDADO AL MOMENTO DE ADQUIRIR UNA PROPIEDAD?

Frente a la duda que debo hacer para adquirir correctamente una propiedad, el tema no es sencillo pero genéricamente primero si el bien que voy a adquirir está registrado, definitivamente tengo que ir al registro, y tengo que ir al registro porque hay norma expresa que entre comillas me obligan a ir al él, el 2012 del Código Civil me dice que lo que estas inscrito es conocido por todos y que no admite prueba en contra , entonces como creer que no voy a ir al registro averiguar si el inmueble está inscrito punto uno; si el inmueble no está inscrito tendré que tomar otro tipo de precauciones como por ejemplo, saber si el inmueble está ocupado o desocupado, si hay un poseedor o no lo hay, y esto a la vez tengo que saberlo cuando el inmueble está registrado, pero quiero hacer esa separación, definitivamente en el Perú , hay un cierto (yo diría bastante) grado de certeza frente a la adquisidor de un predio inscrito y no puedo decir lo mismo frente a un predio que no lo está, y porque? Porque repito las normas registrales contenidas en los principios de publicidad, legitimación registral han sido recogidas por nuestro código civil y nos invitan a concurrir al registro público a tener una certeza medianamente establecida de lo que significa adquirir una propiedad en el Perú.



3.- ¿QUE TAN IMPORTANTE ES LA INSCRIPCION DE LA PROPIEDAD?

Por lo expresado en las dos intervenciones anteriores, creo que el registro es fundamental en el sistema peruano, y no he dicho sistema civil, he dicho sistema legal, si hoy uno va a trabajar un tema de sociedad hay registro, si uno va a trabajar un tema de comunidad campesina hay registro, si uno revisa las normas últimamente ya sea D.S,R.M, dentro de las cuales se exige algo a los ciudadanos, normalmente lo que se les exige es que estén inscritos en el registro, que tengan poderes en el registro, que tengan certificados de vigencia de sus poderes, que estén constituidos en un registro, entonces como negar en nuestra realidad que el registro es una institución fundamental, no estoy hablando de fundamentalismo como en el algún momento se ha hecho, yo no soy fundamentalista, lo que creo es que el registro es una herramienta importantísima para la contratación en el Perú, y ello ha que me lleva? Me lleva a una vez más a creer que tenemos que hacer cada día más normativamente que el registro sea obligatorio, que el registro sea indispensable, necesario, repito las normas diarias esos D.S, esas R.M, que nosotros vemos a diario publicadas en el Peruano, démonos tiempo un día para revisarlas, y vamos a encontrar que normalmente se exige temas registrales, esto significa que en la práctica, que en el día a día, el registro se ha vuelto obligatorio, importantísimo para la contratación en el Perú, solo un ejemplo más las áreas naturales protegidas, tan importantes para nuestra biodiversidad ambiental, se inscriben en el registro, las concesiones de infraestructura tan importantes para nuestro espacio de inversión en nuestro país, se inscriben en el registro, esto hace diez, quince, veinte años no pasaba, que ha sucedido con el registro? Cada vez se vuelve más importante, esto quiere decir que el registro no distingue, el registro sirve para la inversión, sirve para proteger el medio ambiente, sirve para el comedor popular, sirve para la ronda campesina, y obviamente sirve para el tráfico patrimonial mobiliario e inmobiliario y para las decisiones societarias en general, no podemos negar y seguir negando de tomarnos el lujo de tener un registro al costado que además lo usamos en discusiones de orden administrativo y judicial expresando que no es obligatorio cuando en el practica es más que obligatorio, es fundamental para proteger el derecho y los derechos de las personas.

ENTREVISTA AL DR. RENZO ORTIZ DIAZ (Diaz, 2017)**1.- ¿Considera usted que nuestro sistema consensual declarativo brinda seguridad en las transferencias de bienes inmuebles?**

En realidad la seguridad que brinda el sistema declarativo es relativa, no absoluta; fundamentalmente por dos motivos, uno puede ser propietario según lo que establece nuestro código civil, propietario de un bien inmueble únicamente a través del consentimiento entre las partes no requiere en teoría de un contrato escrito, podría transferirse un inmueble verbalmente a través de un contrato verbal; y por otro lado de que nuestro sistema declarativo también está abierto al tema de la prescripción adquisitiva entonces al ser nuestro sistema declarativo lo cual conlleva a una inscripción no obligatoria existe una inseguridad al propietario porque fundamentalmente no tiene mecanismos salvo el registro para poder oponer su derecho.

2.- ¿Qué aspectos negativos ha ido desarrollando el sistema consensual declarativo respecto a la inscripción de las transferencias en Registros Públicos?

El principal de ellos es la obsolescencia del registro, es decir, como tenemos un sistema registral donde la inscripción no es obligatoria producto de nuestro sistema declarativo mucho depende de la voluntad del propietario de actualizar el registro, es decir, podemos tener ejemplos donde hay inmuebles inscritos pero que quien realizó la inmatriculación, la primera inscripción del bien fue el primer propietario, posteriormente se ha ido transfiriendo el derecho y los sucesivos propietarios no han realizado la actualización o la inscripción de su respectivo derecho en el registro, entonces el principal problema es el desfase que existe entre la realidad registral, es decir, la que publicita el registro y la realidad extraregital, que es la que realmente existe en la esfera jurídica.

3.- ¿Considera usted que el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú, tiene una coordinación con el registro?

No, porque es consecuencia de nuestro sistema declarativo, yo soy propietario de un bien inmueble independientemente que lo inscriba en el registro, entonces ¿requiero pasar por el registro para obtener el derecho real de propiedad? No, porque ese derecho se constituye, se transmite, se extingue con independencia del registro, en ese sentido no hay una coordinación entre nuestro sistema consensual de transferencia de propiedad y el registro

4.- ¿Considera entonces que el legislador premia la diligencia al establecer que por el artículo 949 del Código Civil, solo es necesario el consentimiento para la transferencia, pero al existir conflicto entre derechos reales gana el que está inscrito en registros públicos por el artículo 1135?

Claro, ese es principio de oponibilidad, pero ocurre una cosa curiosa en el código, nosotros en el sistema peruano hemos adoptado el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble francés, que estuvo establecido en el código napoleónico, sin embargo si nosotros buscamos el origen del sistema consensualista en Francia y lo analizamos con su sistema registral vamos a poder darnos cuenta que el sistema consensualista del sistema francés tiene un correlato donde el registro es clandestino,

porque los contratos son únicamente conocidos por las partes, el registro no brinda presunción de exactitud ni de conocimiento absoluto, etc.; es un registro que tiene efectos mínimos con relación a la publicidad registral eso es en Francia, nosotros curiosamente hemos adoptado el sistema consensualista francés pero como no estamos en Francia hemos tenido que instaurar un registro fuerte, por eso es que hay esa aparente dicotomía entre el artículo 949 del Código Civil que me dice que yo soy propietario de un bien inmueble con el solo consenso vs. el artículo 2022 que regula el principio de oponibilidad que me señala que si yo quiero oponer mi derecho real a otros tengo que inscribir primero en el registro, entonces hay existe una esquizofrenia y es de vida al hecho que adoptamos modelos jurídicos extranjeros antes de verificar en la práctica si son útiles o no, creo que es lo que ha sucedido con el sistema consensualista.

5.- ¿Qué opinión tiene respecto a la clasificación de los bienes en registrados y no registrados propuesto por Jorge Avendaño en la comisión reformadora del Código Civil de 1984? ¿Considera que esa propuesta sería adecuada para la época actual en la que vivimos?

En realidad la propuesta de la comisión reformadora del Código Civil en clasificar los bienes en registrados y no registrados, creo que es un paso adelante en el hecho de dar la importancia del registro que tiene nuestro sistema jurídico, en la actualidad el registro es importante el problema es que no se han hecho los suficientes ajustes al sistema registral peruano para que pueda desplegar en toda su eficacia la importancia que tiene; de aprobarse la reforma del código civil, lo que señala además es que la transferencia respecto a los bienes registrados va operar en base a la inscripción, es casi un sistema constitutivo, mientras que para los bienes no registrados la transferencia va a operar con la tradición, con la entrega de la cosa, en cuanto a esa clasificación yo creo que es operativa y responde a la necesidad de poder reformar un Código que tiene 35 años de vigencia y que no está acorde con los adelantos que se han tenido en materia tecnológica, en materia de nuevos derechos reales, etc.

6.- ¿Qué opina sobre el sistema registral constitutivo? ¿Se debería implantar en el Perú?

En realidad el sistema constitutivo tiene la ventaja que todo derecho real tiene que necesariamente pasar por el registro para tener nacimiento, es decir que todo derecho real que no está inscrito simplemente no existe, yo creo que si hacemos una comparación entre el sistema declarativo y el constitutivo, evidentemente el sistema constitutivo brinda muchas más ventajas, sin embargo hay que tener en cuenta un par de cosas, en Alemania el sistema registral es constitutivo y además es cuna del sistema registral o del registro tal como se le conoce en la actualidad, los alemanes se dieron cuenta de una cosa desde el momento en que crearon el registro en el año 1200, se dieron cuenta que un registro jurídico no era nada sin un correlato físico de la propiedad, es decir, el registro jurídico del derecho de propiedad tiene que tener correlato en un catastro sólido, fuerte, ese es un requisito indispensable para poder pensar en migrar a un sistema constitutivo, el hecho que en nuestro país se tenga un catastro sólido, culminado, importante. En el sistema registral peruano el catastro se instaura en el año 1995 en Lima, en la oficina registral de Lima, y en el año 2004 en Cusco, es decir hemos estado inscribiendo titularidades por muchísimos años, sin tener un catastro que pueda verificar físicamente el derecho de propiedad inscrita, entonces eso es lo primero que tenemos que preguntarnos ¿Cómo vamos en el tema catastral? Y sin ir muy lejos, si nosotros nos ponemos a pensar en las



entidades generadoras de catastro, como son las municipalidades ¿Cuántas municipalidades a nivel nacional tienen culminado el catastro que está dentro de su jurisdicción? Creo que solamente hay dos, San Isidro y Miraflores que están en Lima, el resto o está a la mitad, o está avanzado o ni siquiera se ha empezado. Entonces antes de pensar un sistema constitutivo lo que deberíamos de hacer es impulsar el tema registral en nuestro país.

7.- ¿Cree usted que el sistema constitutivo nos ayudaría a prevenir el concurso de acreedores, tráfico ilícito inmobiliario y procesos judiciales sobre tercerías?

Sí, porque justamente donde existe los sistemas registrales constitutivos se tiene la verdad oficial que publicita el registro, se tiene como la única verdad, entonces todos aquellos derechos reales que no estén en el registro, simplemente no existen, en ese sentido el sistema constitutivo ha demostrado ser un gran aliado para evitar justamente estos procesos judiciales donde se discute los derechos de propiedad.

8.- ¿Está usted de acuerdo con la modificación del artículo 949 del Código Civil, donde la inscripción sea un requisito para las transferencias inmobiliarias, teniendo como finalidad el asegurar y garantizar el derecho de propiedad?

En primer lugar, a mí me parece que el sistema consensual existente en el artículo 949 del Código Civil son más los perjuicios que genera que los beneficios, en ese sentido y con esa premisa yo creo que debería de modificarse, sin embargo mutar de un sistema consensual a un sistema constitutivo no puede hacerse de la noche a la mañana, como te repito es un requisito indispensable que el tema catastral este avanzado en el país porque de lo contrario al igual que en el sistema consensual, lo único que haríamos al implantar el sistema constitutivo es generar mayores perjuicios de los beneficios que trae.

Lo que ha hecho Jorge Avendaño es primero trabajar con los bienes que están inscritos, que ojo no son la mayoría en el país, si nosotros hacemos un porcentaje a grosso modo a nivel nacional podríamos afirmar que menos del 50 por ciento de los derechos de propiedad se encuentran inscritos en los registros públicos, entonces la propuesta Avendaño está circunscrita a ese 50 por ciento o menos que está inscrito, y a los que está inscrito les dice que las transferencias serán constitutivas, a mí me parece eso un avance, y claro lo que dice el en su propuesta respecto a lo bienes que no están registrados, la transferencia es con la entrega, incluso supera al consenso, porque ahora se va a exigir la entrega del bien para que opere la transferencia, en ese sentido me parece una propuesta interesante, que tiene un montón de tiempo de formulada y yo creo que lo único que falta es la decisión política para poder implementarla.

ENTREVISTA AL DR. ALFREDO BULLARD GONZALES (Gonzales, 2017)

1.- ¿Considera usted que nuestro actual Sistema consensual Declarativo brinda seguridad en las transferencias de bienes inmuebles?

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 negativas propias de nuestro sistema registral declarativo:

- 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. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que, advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo, construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Considero que para que ello no ocurra un sistema de transferencia de propiedad debe cumplir con tres requisitos que no son cumplidos (los tres) por nuestro sistema declarativo registral:

- 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. Este elemento es cumplido parcialmente por el sistema vigente.
- 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. Este elemento no se cumple en el sistema vigente pues un derecho no registrado podría primar sobre uno registrado aún en el caso que el primero permanezca oculto al conocimiento público.

- 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 publica. 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. Este último requisito es el que más claramente no es cumplido por el sistema declarativo.

2.- ¿Qué aspectos negativos se han ido desarrollando el Sistema consensual Declarativo respecto a la inscripción de las transferencias en Registros Públicos?

Genera una propiedad con excusión limitada que en estricto no es propiedad. Ello eleva los costos de transacción en la economía de transferencia de bienes y con ello hace más costosa la actividad económica. Un adquirente no tiene plena seguridad de poder obtener el derecho sobre el que contrato confiando solo en el registro.

3.- ¿Considera usted que el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble tiene una coordinación con el registro?

No. Al basarnos en un sistema de transferencia por mero consenso se genera como efecto que el Código transfiere la propiedad antes que la transferencia sea cognoscible, lo que genera un alto nivel de incertidumbre.

A ello se suma que, de acuerdo a las normas de prescripción, un poseedor puede vencer a un adquirente incluso cuando este haya inscrito su transferencia de propiedad. Con ello incluso un poseedor puede oponer su derecho a quien lo tiene inscrito.

4.- ¿Que opinión tiene respecto a la clasificación de los bienes en registrados y no registrados propuesto por Jorge Avendaño en la comisión reformadora del código de 1984? ¿Considera que esa propuesta sería adecuada para la época actual en la que vivimos?

Coincido plenamente con la propuesta. El nuevo rol de la autonomía privada es el *quid* de la propuesta de Avendaño. Nótese que no se parte de organizar el sistema de transferencia de bienes entre registrables y no registrables, sino registrados y no registrados. ¿Por qué es esa diferencia importante? La declaración de mueble o inmueble no es una declaración contra la que se pueda pactar. La autonomía no tiene un rol que jugar, y queda amarrada a la definición legal. Nadie puede, por acto jurídico, declarar que su casa es un bien mueble o que un lapicero es un bien inmueble. Por tanto, no puede decidir cuánta seguridad quiere adquirir. 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 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.

Por eso el proyecto definía que los bienes registrados se transfieren por registro y los no registrados por tradición o entrega.

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.

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*: quien de buena fe recibe un bien de quien lo tiene en posesión adquiere bien. Este principio se encuentra recogido en el Anteproyecto.

5.- ¿Que opina sobre el sistema registral constitutivo? ¿Se debería implantar en el Perú?

En principio sí, pero con una modificación consistente con lo que planteo Avendaño.

Un sistema constitutivo como el propuesto por Avendaño no necesitaría de prescripción adquisitiva. Si la función de la prescripción adquisitiva es facilitar la prueba de la propiedad, pero con el nuevo 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 solo 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 como 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.

Sin embargo, ello puede 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 su función de saneamiento de títulos cuando ello sea necesario.

6.- ¿Cree usted que el Sistema registral constitutivo nos ayudaría a prevenir el concurso de acreedores, tráfico ilícito inmobiliario y procesos judiciales sobre tercerías?

Si, por que generaría mucha más certeza en los derechos de propiedad a crear signos de reconocibilidad claros y permitir que haya certeza cuando se presenta una adquisición.

7.- ¿Está usted de acuerdo con la modificación del artículo 949° del Código Civil, donde la inscripción sea un requisito para las transferencias inmobiliarias, teniendo como finalidad el asegurar y garantizar el derecho de propiedad?

Como explique ese artículo debe ser eliminado. El sistema consensualista es muy dañino para el tráfico económico, pues eleva absurdamente los costos de transacción en la economía.

DIARIOS DE DEBATE**POSICION DE LOS DOCTORES MANUEL AUGUSTO OLAECHEA Y JUAN JOSE CALLE A FAVOR DEL SISTEMA FRANCES O DECLARATIVO. -**

El Dr. El Dr. Olaechea, consideraba que el sistema más favorable a adoptar en el país era el sistema francés, y consideraba que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado, ya que la tradición puede revestir las más deformas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de las inscripciones, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad.

La institución del registro fue implanta en el Perú hace casi medio siglo. No obstante, los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que no son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación recurrirá, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo el primer valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por si solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

POSICION DE LOS DOCTORES ALFREDO SOLF Y MURO Y PEDRO M. OLIVEIRA A FAVOR DEL SISTEMA CONSTITUTIVO. -

Para el doctor SOLF Y MURO propuso una dualidad de sistemas. “Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros, los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil.”

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del Sistema Torrens o del Germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24, 876 urbanos, 21, 398 rústicos y 3, 041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

Complementando la propuesta del doctor SOLF Y MURO, El doctor PEDRO M. OLIVEIRA, dice “urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de



las relaciones jurídicas, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

La comisión reconoció la inferioridad de nuestro sistema, cuyos efectos se pueden sintetizar diciendo que constituye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en si misma una verdadera sustantividad.

Por lo anteriormente expuesto, es de resaltar que las discrepancias surgidas sobre el sistema de transferencia de propiedad inmobiliario peruano, tiene sus antecedentes en la comisión revisora de 1936

FICHA DE COMPARACION NORMATIVA

CÓDIGO CIVIL DE 1852.-

Este código es influenciado eminentemente por el código de napoleón, en el cual considera que solo el consentimiento “*consensus*” era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa “aun antes de su entrega y pago del precio”, debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración²⁵.

CÓDIGO CIVIL DE 1936.-

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para bienes inmuebles: **Artículo 1172.-** “*la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario*”.

No podríamos hablar del sistema de transferencia de propiedad inmueble en el código de 1936, sin dejar de mencionar los ilustres e intensos debates de la Comisión Redactora del Código de 1936.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, *sustentado en el simple consentimiento*, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

²⁵ OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Ob. Cit. , pp. 407.