

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



**“LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES COMO ACTO
CONSTITUTIVO DE DERECHOS: UNA REFORMA NECESARIA”**

PRESENTADA POR:

Br. CHRISTIAN RONALD PALACIOS MIÑAN

TESIS Para optar el Título de Abogado

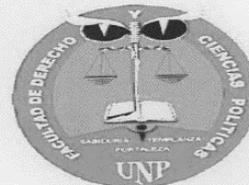
Línea de investigación institucional: Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de investigación: Derecho Civil: Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

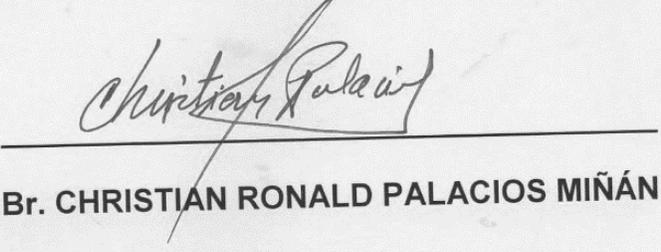


“LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES COMO ACTO
CONSTITUTIVO DE DERECHOS: UNA REFORMA NECESARIA”

LOS SUSCRITOS DECLARAMOS QUE EL PRESENTE TRABAJO DE
TESIS, ES ORIGINAL EN SU CONTENIDO Y FORMA


Dr. SANTIAGO HERRERA NAVARRO

ASESOR


Br. CHRISTIAN RONALD PALACIOS MIÑÁN

EJECUTOR

Línea de investigación Institucional: Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de Investigación: Derecho Civil: Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ

2018

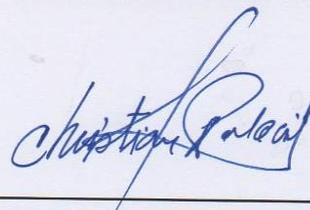
DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE LA TESIS

Yo, **CHRISTIAN RONALD PALACIOS MIÑÁN**, identificado con DNI N° 02856942, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y domiciliado en **Mza. OC Lote 03 VI Etapa Urb. Santa Margarita** del Distrito Veintiséis de octubre de la Provincia y Departamento de Piura, Celular N° 951616730, Email: **Christian_pm6@hotmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que la tesis que presento es original e inédita, no siendo copia total ni parcial de una tesis desarrollada, y/o realizada en el Perú o en el extranjero, en caso contrario de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances establecidos en el Art .N° 411°, del código penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general y las normas legales de protección a los derechos de autor.

En fe de lo cual firmo la presente.

Piura febrero del 2019

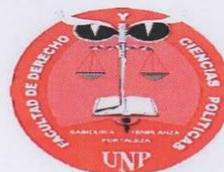


DNI N°

02856942



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



“LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES COMO ACTO CONSTITUTIVO DE
DERECHOS: UNA REFORMA NECESARIA”

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO

Dr. LUIS ALBERTO YAIPEN HIDALGO
PRESIDENTE

DR. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO
SECRETARIO

DR. OSCAR ENRIQUE VILELA VARGAS
VOCAL

Línea de investigación Institucional: Legislación y Ciencias Políticas

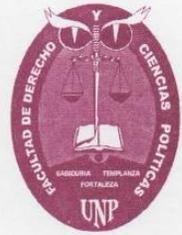
Sub Línea de Investigación: Derecho Civil: Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ

2018



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
047-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: **"LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES COMO ACTO CONSTITUTIVO DE DERECHOS: UNA REFORMA NECESARIA"**, presentada por el **Bachiller; PALACIOS MIÑAN CHRISTIAN RONALD** con el asesoramiento del **DOCTOR; SANTIAGO HERRERA NAVARRO**; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADO

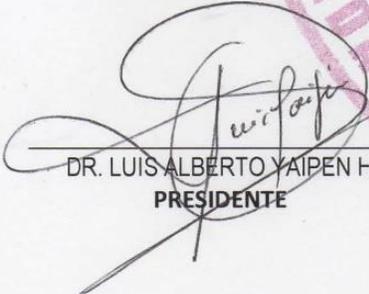
DESAPROBADO ()

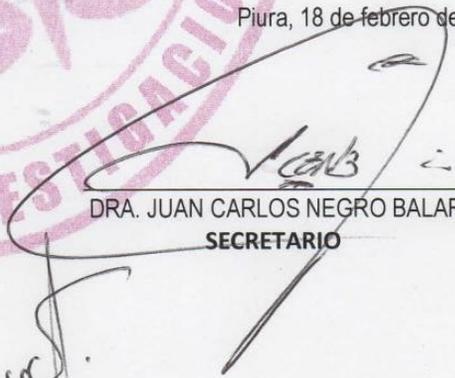
Con la mención de:

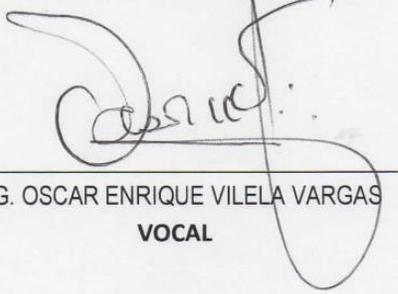
BUENO

- En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 18 de febrero de 2019


DR. LUIS ALBERTO YAIPEN HIDALGO
PRESIDENTE


DRA. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO
SECRETARIO


ABG. OSCAR ENRIQUE VILELA VARGAS
VOCAL

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación se lo dedico a Dios por permitirme llegar hasta donde estoy, a mi esposa María Elena, a mi hijo Nicolás Imanol que son mi motivo y razón para seguir superándome Profesionalmente.

AGRADECIMIENTO

Un especial agradecimiento a mi familia de origen, a mi madre Isabel a mi padre Lelis allá en el cielo, a mis hermanos Gaby, Luis Enrique (+) y Carlos, a todas aquellas personas que de una u otra manera han permitido la culminación de mis estudios universitarios, esperando con esta investigación poder obtener el Título de Abogado.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria	06
Agradecimiento	07
Índice general	08
Glosario	12
Resumen	18
Abstract	19
Introducción	20

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1.- Antecedentes de la investigación	22
1.2.- Definiciones sobre derecho real	26
1.3.- Transmisión de la propiedad inmueble en el derecho comparado	31
1.3.1.- En el derecho alemán	31
1.3.2.- En el derecho argentino	31
1.3.3.- En el derecho francés	32
1.4.- Sistemas de transferencia de propiedad	32
1.4.1- Transmisión mediante la “traditio”	35
1.4.2.- Transmisión mediante la “traditio” abstracta	35
1.4.3- Transmisión puramente consensual	36
1.4.4.- Transferencia de la propiedad en el código civil de 1852	37
1.4.5.- Transferencia de la propiedad en el código civil de 1936	38

1.4.6.- Transferencia de la propiedad en el código civil de 1984	39
1.4.7.- Sistemas en el Derecho Comrado y en el Perú	40
1.4.7.1.- Sistema romano	40
1.4.7.2.- Sistema francés	42
1.4.7.3.- Sistema alemán	44
1.4.7.4.- Sistema español	46
1.4.7.5.- Sistema peruano	47
1.5.- Críticas a los sistemas de transmisión de la propiedad	47

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1.- Planteamiento del problema	49
2.2.- Formulación del problema	50
2.3.- Justificación de la investigación	50
2.3.1.- Justificación Teórica	50
2.3.2.- Justificación Metodológica	50
2.3.3.- Justificación Práctica	51
2.4.- Viabilidad	51
2.5.- Objetivo de la investigación	51
2.5.1.- Objeto general	51
2.5.2.- Objetivos específicos	51
2.6.- Hipótesis	52
2.7.- Variables	52

2.7.1.- Variable independiente	52
2.7.2.- Variable dependiente	52
2.7.3.- Conceptualización de las variables	52
2.7.4.- Operacionalización de las variables	53
2.7.4.1.- Indicadores	53
2.8.- Metodología de la investigación	53
2.8.1.- Tipo de investigación	53
2.8.2.- Técnicas y métodos de investigación	54
2.8.2.1.- Técnicas	54
2.8.2.2.- Métodos de investigación	54

CAPITULO III

PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

3.1. Análisis legislativo	56
3.2. Análisis doctrinario	57
3.3.- Análisis de la importancia de un registro constitutivo	64
3.3.1.- Análisis del principio consensualístico	71
3.3.2.- Dificultades del principio consensualístico	75
3.4.- Análisis jurisprudencial	77
3.5.- Análisis y discusión de resultados	83
3.6.- Análisis en el derecho comparado	85
3.6.1.- En el derecho germano	85
3.6.2.- En Argentina	86

CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	89
APÉNDICES	92

GLOSARIO

ACCIÓN. La acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer.

“Del latín agere, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna; pues toda la vida es acción, y solo existe inacción – corporal al menos- en la muerte y en la nada.

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste” (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, 2002, pág. 17)

ACCIÓN PROCESAL. Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen la acción como un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio.

La función jurisdiccional no puede desarrollarse sino a instancia de parte. La función jurisdiccional es, ciertamente, una obligación asumida por el Estado, cuando éste prohíbe el ejercicio del propio derecho a los interesados. Frente a esta obligación está el derecho de acción, como derecho a que el juez o Sala, a través de sus miembros, realice la función jurisdiccional (Diccionario Jurídico Espasa. 2006, pág. 43)

ACCIONANTE: El que entabla o prosigue una acción/ El que la ejercita. (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, 2002, pág. 19)

ACTOR: Es la persona que ejercita o en cuyo nombre se ejercita una determinada acción y se le utiliza como sinónimo de demandante o pretensor. En este contexto, se puede afirmar que en el proceso de conocimiento quien asume la iniciativa se llama actor y quien la soporta demandado. El actor es esencialmente

quien formula una pretensión activando el aparato jurisdiccional; llegando a sostenerse que el demandado también puede convertirse en actor cuando promueve la denominada reconvencción (Diccionario Procesal Civil: 2013, Lima. Gaceta Jurídica, págs. 16-17)

AGRAVIO: Daño ocasionado en los derechos o intereses legítimos de una de las partes, en virtud de una decisión judicial, que esta considera pernicioso. (Diccionario Procesal Civil: 2013, Lima. Gaceta Jurídica, pág. 24)

BASE: Fundamento o apoyo aritmético. Cantidad fija y distinta de la unidad que elevada a la potencia dada da un número determinado.

BIENES:” Los bienes son el objeto de los derechos reales. Bien es toda entidad, material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir **objeto** de relaciones jurídicas” (AVENDAÑO ARANA, Francisco, 2011, pág. 30)

BIENES CORPORALES: Los bienes corporales con lo que tienen existencia tangible, ocupan una parte del espacio, por lo que pueden ser percibidos por los sentidos (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit., pág. 32)

BIENES INCORPORALES: Los bienes incorporales carecen de existencia corporal y son producto de la creación intelectual del hombre (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit., pág. 32)

BIENES FUNGIBLES: Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros a propósito del cumplimiento de la obligación. Estos bienes son iguales en su valor, peso o medida (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit., pág. 33)

BIENES NO FUNGIBLES: Los bienes no fungibles son los que no pueden reemplazarse por otros al momento del cumplimiento de la obligación, como por ejemplo una casa (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit., pág. 33)

BIENES MUEBLES: Bienes muebles son las cosas que pueden ser desplazadas de un lugar a otro (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit., pág. 34)

BIENES INMUEBLES: Bienes inmuebles son las cosas que están inmovilizadas, que tienen una situación fija, arraigada (AVENDAÑO ARANA, Francisco. Op. Cit, pág. 34)

COSA JUZGADA: Es la calidad inherente que se otorga a la decisión de un juez que resolvió un conflicto de intereses, como puede ser lo inmutable, inimpugnable, y coercible. La cosa juzgada es la forma de obtener del juez una declaración definitiva una Litis, de modo que, no se vuelva a discutir sobre el mismo asunto en un proceso futuro (Diccionario Procesal Civil: 2013, Lima. Gaceta Jurídica, pag.69)

DEBIDO PROCESO. Proceso adecuado, en donde se hayan respetado todas las garantías legales.

“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas” (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. pág. 111)

DESCRIPCIÓN: Es la obtención de información de acuerdo al tipo y forma de instrumento utilizado. Algunos sistemas señalan solamente la presencia, ausencia de ciertos aspectos de un hecho. Otros recogen descripciones cuantitativas que pueden implicar comparaciones y contrastes entre los elementos presentes de una situación.

En las descripciones cuantitativas añade una importante dimensión a la descripción. Se rebela no sólo el que sino el cuánto.

ERROR IN IUDICANDO: Denominado también error de juicio, encontrándose constituido por los defectos o errores en la decisión que adopta el magistrado en función de un vicio en la interpretación, aplicación u omisión de la ley sustantiva al tiempo de resolver la controversia (Diccionario Procesal Civil: 2013, Lima. Gaceta Jurídica, pag.113)

ERROR IN PROCEDENDO: Llamado también error de actividad, y consiste en los defectos acaecidos en el trámite del procedimiento judicial, es decir, en la aplicación de las reglas formales que termina por afectar el debido proceso y sus garantías implícitas. Pueden ser generados por las propias partes o el juez. (Diccionario Procesal Civil: 2013, Lima. Gaceta Jurídica, pag.113)

EXPERIMENTAL: Fundado sobre la experiencia o los experimentos.

EXPERIMENTO: (De latín – mentón). Acción y efecto de experimentar. Experimentación.

LEGITIMIDAD. Calidad de legítimo Legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. En el sentido impropio, con el término legitimación se alude a veces a la condición del sujeto que obstante tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal (Diccionario Jurídico Espasa. 2006, pág. 897)

LEGÍTIMO. Legal o conforme a ley. Ajustado a derecho (Diccionario Everest Cúpula. 2007, pág. 854).

METODOLOGÍA: Conjunto de método o su descripción.

MÉTODO: (Voz griega de meta – o dos, camino). Modo de decir o hacer algo ordenadamente. Procedimiento para discernir y descubrir la verdad en los juicios, se divide en analítico y sintético.

PROCESO. Se define al proceso como el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional y los intervinientes, debidamente concadenados, y que termina en una sentencia. Es el instrumento esencial de la jurisdicción o función del Estado, que consiste en una serie de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto (Diccionario Jurídico Espasa. 2006, pág. 1175).

PRECARIO: Se considera precario a quien ejerce a quien ejerce una posesión sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido (Artículo 911 del Código Civil)

PREDIO: Finca, heredad, hacienda, tierra, propiedad o posesión inmueble (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. pág. 315)

PROPIEDAD: La propiedad 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 (Artículo 923 del Código Civil vigente).

PROPIETARIO: Titular del derecho de propiedad. Dueño de bienes inmuebles. Casero o dueño de una casa alquilada. Nudo propietario. (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. pág. 325)

SANEAR: Sanear en su concepto más amplio significa remediar una cosa, y en su acepción contractual el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquirente por los vicios ocultos del bien (Casación 1735- 97- La Libertad. El Peruano, 04 de diciembre de 1998, pág. 2138)

SEGURIDAD JURÍDICA. La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. (Diccionario Jurídico Espasa. 2006, pág. 1302).

TEÓRICO: Que conoce las cosas o las considera sólo especulativamente

TÍTULO DE PROPIEDAD: Documento que acredita el dominio sobre alguna cosa (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. pág. 386)

USUCAPION: “La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien basada en la posesión del bien por un determinado lapso de tiempo, y ciñéndose a requisitos legales, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad...” (Casación 952-2015-Del Santa. El Peruano, 30 de junio del 2016, pág. 78815)

RESUMEN

En esta investigación “La transferencia de inmuebles como acto constitutivo de derechos: Una reforma necesaria”, abordamos un tema que consideramos de vital importancia en la transferencia de bienes inmuebles, porque consideramos que el sistema consensualista que consagra el artículo 949 del Código Civil no brinda la seguridad jurídica que esperan tener los que adquieren bienes inmuebles, sin que se vean burlados en sus derechos, por lo que se hace necesario e indispensable se cambie al sistema constitutivo de derechos; para lo cual se propone como objetivo general: Analizar porqué la aplicación del artículo 949 del Código Civil no brinda seguridad jurídica en la adquisición de bienes inmuebles en el Perú; y como objetivos específicos se proponen: - Analizar cuál de los sistemas registrales existentes, se adecuaría a nuestra realidad en la transferencia de propiedad inmueble, para una seguridad jurídica, así como - Analizar las ventajas y desventajas de la implantación de un nuevo sistema registral en la transferencia de bienes inmuebles. Los métodos a los cuales se recurre son: El método dogmático, el Método de interpretación sistemático, el método deductivo, el método descriptivo, el método explicativo, así como el método sociológico – funcional; los que nos permite probar nuestra hipótesis y llegar a las conclusiones y recomendaciones y en consecuencia arribar a nuestra propuesta legislativa.

Palabras claves: Bienes inmuebles, transferencia.

ABSTRACT

In this research "The transfer of real estate as a constitutive act of rights: A necessary reform", we address a topic that we consider to be of vital importance in the transfer of real estate, because we consider that the consensual system that enshrines article 949 of the Civil Code does not provide the legal certainty that those who acquire real property hope to have, without being found guilty of their rights, so that it becomes necessary and indispensable to change to the constitutive system of rights; for which it is proposed as a general objective: To analyze why the application of article 949 of the Civil Code does not provide legal security in the acquisition of real estate in Peru; and specific objectives are proposed: - Analyze which of the existing registration systems, would be appropriate to our reality in the transfer of real property, for legal security, as well as - Analyze the advantages and disadvantages of the implementation of a new registry system in the transfer of real estate. The methods to which they are used are: The dogmatic method, the method of systematic interpretation, the deductive method, the descriptive method, the explanatory method, as well as the sociological - functional method; which allows us to test our hypothesis and reach conclusions and recommendations and consequently reach our legislative proposal.

Keywords: real estate, transfer

INTRODUCCIÓN

Esta investigación: “La transferencia de inmuebles como acto constitutivo de derechos: Una reforma necesaria” pretende demostrar que en la actualidad en nuestro sistema legislativo no hay una verdadera seguridad jurídica que garantice en la actualidad la compra de bienes inmuebles; por lo que se hace necesario una modificación en lo referente a la figura jurídica contemplada en nuestro Código Sustantivo sobre la forma de transmitir la propiedad, porque el artículo 949 del Código Civil no presta garantía alguna, porque cuando una persona adquiere la propiedad un bien inmueble debe gozar de una propiedad segura, es decir debe de ser protegido por un sistema de propiedad para que no se le pueda despojar de su derecho, lo que no sucede con nuestro actual sistema. Considerándose además que tal protección debe de alcanzar a terceras personas en los de intercambios de inmuebles evitándose sean burlados sus derechos, correspondiéndole al Estado brindar las garantías necesarias en defensa de los adquirentes, es decir brindarles seguridad jurídica.

La investigación consta de tres partes, abordándose en una primera parte el marco teórico que comprende los antecedentes de la investigación; definiciones sobre derecho real; la transmisión de la propiedad inmueble en el derecho comparado; los sistemas de transferencia de propiedad, tales como la transmisión mediante la “traditio”, la transmisión mediante la “traditio” abstracta, la transmisión puramente consensual, la transferencia de la propiedad en el código civil de 1852, la transferencia de la propiedad en el código civil de 1936, la transferencia de la propiedad en el código civil de 1984; las críticas a los sistemas de transmisión de la propiedad; etc. En una segunda parte se aborda el diseño metodológico que

comprende: El planteamiento del problema, la formulación del problema, la justificación de la investigación, su viabilidad, los objetivos, la hipótesis, las variables, la conceptualización de las variables, la operacionalización de las variables, las técnicas y métodos de investigación. En una tercera parte se aborda la probanza de la hipótesis que comprende: Un análisis legislativo, un análisis doctrinario, un análisis de la importancia de un registro constitutivo, un análisis del principio consensualístico, un análisis jurisprudencial, un análisis y discusión de resultados, así como un análisis en el derecho comparado. Lo que nos permite arribar a las conclusiones y recomendaciones y en consecuencia a nuestra propuesta legislativa de modificatoria del artículo 949 del Código Civil vigente.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre esta investigación se han encontrado algunos trabajos que nos pueden servir como antecedentes, así como el trabajo de Federico G MESINAS MONTERO y Manuel MURO ROJO, que precisan: “Es probable que dentro del Libro de Derechos Reales del Código Civil vigente no exista norma más problemática y que haya generado tan amplio debate en la doctrina nacional como la contenida en el artículo 949 del C.C.

Señalan que, si bien la norma en cuestión se ocupa de un tema tan fundamental como es el régimen de transmisión de la propiedad inmueble, su repercusión en el sistema también alcanza o se vincula directamente con otras materias igualmente relevantes en el tráfico jurídico, tales como la seguridad de las transferencias inmobiliarias, el rol del Registro respecto de dichas transferencias, la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles, así como el replanteamiento del actual sistema de clasificación de los bienes.

Señalan que la norma bajo comentario exige una profunda reforma, que principalmente tome en consideración la seguridad jurídica a favor de los agentes económicos, así como los demás aspectos antes enunciados. En esa línea hemos considerado conveniente repasar los antecedentes del artículo” (MESINAS MONTERO, Federico y MURO ROJO Manuel: 2011, pág. 227)

MARIO CASTILLO FREYRE, señala que “Un sistema de transferencia de propiedad debe responder a un criterio de política social, puesto que el Derecho, para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines debe regular a una realidad determinada, siendo por tanto que la solución a tomar, debe responder a las necesidades de todos los individuos de la comunidad que se pretende aplicar...” (Castillo Freyre Mario, 2007. pág. 120)

El mencionado autor afirma que no existe sistema de transferencia de propiedad perfecto; agrega; de igual manera señala que un sistema de transferencia de propiedad cumple con tres fines: el maximizar la riqueza, reducción de costos de transacción y la eliminación de todo riesgo de adquisición a non dominio por medio de un sistema publicitario de exclusión. También el mencionado autor precisa: “A pesar de que la inscripción registral no es obligatoria, constituye una práctica constante de protección de sus derechos. Afirmando que el artículo 949, podría entenderse que crea una propiedad relativa y se convertirá en absoluta siempre que las partes contratantes apliquen adecuadamente las normas del presente Código.

El autor está de acuerdo en que el registro declarativo a funcionado de manera tal que no ha habido obstrucción alguna de la circulación de la riqueza. Sin embargo está de acuerdo con la implementación de un Registro Constitutivo, el cual debería ejecutarse a futuro, siendo necesario la implementación de un catastro obligatorio para de este modo tener un registro de todos los bienes inmuebles existentes en nuestro país.

El tratadista LEÓN BARANDIARÁN, José señala que las razones que a su juicio podrían justificar el sistema imperante, manifestando que existían

inconvenientes de orden circunstancial, en clara alusión a la imperfección del sistema de los Registros Públicos, lo que hacía inviable el régimen constitutivo de la inscripción, considerando la deficiente organización administrativa, la falta de catastro y título idóneos que no existen en todas las regiones. (LEÓN BARANDIARAN José, 1992, pág.38)

Por su parte el autor RICARDO ALZA VÁSQUEZ, en su trabajo de investigación titulado “La Transferencia de Bien Inmueble”, señala:

El sistema peruano de transmisión convencional de la propiedad de todos los bienes determinados, sean muebles o inmuebles es la teoría del título y el modo, que requiere indispensablemente la conjunción de un acuerdo de voluntades orientados a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Siendo que, en el caso de los bienes inmuebles determinados, el título está también constituido por el respectivo contrato de transferencia y el modo de aplicación del art. 949° del mismo código.

Por su parte TORRES MÉNDEZ Miguel discrepa en cuanto a que el modo en la transferencia de inmuebles pueda ser la aplicación del artículo 949, al carecer del efecto publicitario propio de todo modo. Considera que respecto de la compraventa de inmuebles no es aplicable el artículo 949, constituyendo este contrato una excepción legal (TORRES MÉNDEZ, Miguel, 1992)

El artículo 1095 del Código Civil Español, señala que el acreedor en una relación jurídica, por la que tiene derecho a que se le entregue una cosa, éste no adquiere ningún derecho real hasta que le sea entregada la misma, siendo hasta ese momento titular de un derecho personal relativo o de crédito.

Al respecto LA CRUZ BERDEJO considera que el concepto de esta figura jurídica, es producto de una generalización. Es decir, a opinión del autor, en forma paulatina han ido surgiendo la propiedad, el usufructo, la hipoteca, y a *posteriori* el estudioso del derecho, ha comprobado que sobre los mismos existen rasgos comunes que permite así agruparlos bajo un mismo concepto superior, más genérico: el derecho real (La Cruz Berdejo, 1990.pag. 09).

En la doctrina nacional, una parte considera que la noción de propiedad, es un aspecto importante para moldear la figura del derecho real, ya que, a partir de esta los juristas fueron creando el concepto del instituto bajo estudio.

GONZALES BARRÓN, señala: “Nuestra premisa de distinción se centra, pues, en la naturaleza de las cosas, en la realidad social, y finalmente, en el sentimiento fuertemente arraigado del hombre por “tener” o constituirse en “el señor” de la realidad externa (Gonzales Barrón, 2003, pág. 53).

Ante esto, después de dar una aproximación a la noción del derecho real. Actualmente, la doctrina más moderna lo concibe como una categoría instrumental individualizada de un particular tipo de tutela jurídica ligada a la inherencia o a la inmediatez sobre la cosa. Esta categoría jurídica tiene como interés fundamental protegido el aprovechamiento de la cosa, esto es, el goce de las realidades del mundo externo. A decir de GONZALES BARRÓN, el aspecto característico a los fines de la realidad no es tanto el ejercicio inmediato del poder sobre el bien, sino la incorporación de derecho sobre tal bien, con la peculiaridad de producir oponibilidad del derecho y su estrecha relación con las vicisitudes del bien (Gonzales Barrón, 2003, pág. 56).

1.2.- DEFINICIONES SOBRE DERECHO REAL

Nuestro Código Civil no da una definición sobre derechos reales, pues señala: “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes” (Artículo 881 del Código Civil)

No obstante a ello en el derecho español delimitan este derecho con el denominado derecho de crédito con el fin de llegar a sus características.

Autores como DIEZ PICAZO, sostiene a partir de la legislación española, que para la adquisición y admisión de derechos reales se exige por medio de los contratos la tradición o entrega de la cosa, lo que no ocurre con los derechos personales. (Diez Picazo, 1990, pág. 38).

El Código Civil Español, señala que el acreedor en una relación jurídica, por la que tiene derecho a que se le entregue una cosa, éste no adquiere ningún derecho real hasta que le sea entregada la misma, siendo hasta ese momento titular de un derecho personal relativo o de crédito (Artículo 1095 del Código Civil Español)

Es necesario tener en cuenta, que el llegar a una determinación de la noción de derecho real, la evolución del mismo es de suma importancia. Al respecto LA CRUZ BERDEJO considera que el concepto de esta figura jurídica, es producto de una generalización. Es decir, a opinión del autor, en forma paulatina han ido surgiendo la propiedad, el usufructo, la hipoteca, y a *posteriori* el estudioso del derecho, ha comprobado que sobre los mismos existen rasgos comunes que permite así agruparlos bajo un mismo concepto superior, más genérico: el derecho real. (La Cruz Berdejo, 1990.pag. 09).

En la doctrina nacional, una parte considera que la noción de propiedad, es un aspecto importante para moldear la figura del derecho real, ya que, a partir de esta los juristas fueron creando el concepto del instituto bajo estudio.

En principio, la relación hombre – bien es el fundamento del derecho real; así nos acerca a una noción, ya que para él éstos constituyen la organización jurídica de las relaciones sociales que se establecen con motivo de la utilización de los bienes. Asimismo, el autor considera que el término derecho real contiene dos acepciones: la general, por la cual se entiende al derecho real como aquel que establece el señorío del hombre sobre el bien, y la acepción limitada en la cual se definen cada una de las instituciones jurídicas en que se ha organizado la utilización de los bienes por el hombre. (Cuadros Villena, 1995, pág.35)

La realidad social en la que giran los derechos reales, es también tomada en cuenta para aquellos actuales tratadistas nacionales que buscan a partir de la distinción – derecho real y derecho de crédito – una definición del primero. GONZALES BARRÓN, al respecto señala: “Nuestra premisa de distinción se centra, pues, en la naturaleza de las cosas, en la realidad social, y finalmente, en el sentimiento fuertemente arraigado del hombre por “tener” o constituirse en “el señor” de la realidad externa (Gonzales Barrón, 2003, pág. 53).

Para el mismo, la influencia del derecho de propiedad es determinante para encontrar una categorización jurídica a la figura del derecho real. Esto es, por que la propiedad implica un señorío pleno sobre cualquier objeto externo de la realidad física, respondiendo a ese sentimiento humano de apropiación de los objetos del entorno, lo cual conlleva un “tener”, que al mismo tiempo se manifiesta en un “excluir”.

Ante esto, después de dar una aproximación a la noción del derecho real. Actualmente, la doctrina más moderna lo concibe como una categoría instrumental individualizada de un particular tipo de tutela jurídica ligada a la inherencia o a la inmediatez sobre la cosa. Esta categoría jurídica tiene como interés fundamental protegido el aprovechamiento de la cosa, esto es, el goce de las realidades del mundo externo. A decir de GONZALES BARRÓN, el aspecto característico a los fines de la realidad no es tanto el ejercicio inmediato del poder sobre el bien, sino la incorporación de derecho sobre tal bien, con la peculiaridad de producir oponibilidad del derecho y su estrecha relación con las vicisitudes del bien (Gonzales Barrón, 2003, pág. 56)

Para esta doctrina, a la cual nos acogemos, el derecho real se configura, como un derecho subjetivo, que a decir de LA CRUZ BERDEJO (1990, p. 09), es aquel en donde existe una dominación del hombre sobre las cosas, pudiendo ser dicha dominación total, como es el caso del derecho de propiedad; como también una dominación concreta y limitada, como es el caso del derecho a los frutos de la cosa o usufructo; o a obtener alguna utilidad concreta de la cosa como la servidumbre, etc. Para dicho autor a cualquiera de estos derechos en la cosa le llama derechos reales.

En términos simples, el derecho real implica para su titular un conjunto de facultades, las cuales las ostenta de manera permanente sobre los bienes del cual es titular. Esta incorporación a su esfera de dominio, lo hace eficaz y por ende oponible con respecto a su tutela y a su derecho de persecución. Asimismo, es un derecho subjetivo cuyo interés protegido es el aprovechamiento y explotación de los bienes.

Con relación a lo antes señalado, PUIG BRUTAU (1990, p. 2), otorga al derecho real dos aspectos el interno, en el cual este derecho recae de manera directa e inmediata sobre la cosa que constituye su objeto, y un aspecto externo el mismo que se manifiesta, en el sentido de que el titular del derecho puede oponerlo a todos los no titulares. La oponibilidad *erga omnes*, por tanto, es un aspecto, en que la totalidad de la doctrina coincide.

La inherencia es otro punto importante en la configuración del derecho real, la cual significa la posibilidad del titular de obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona, no precisando de acto ajeno para satisfacer su interés. Para estos efectos, se debe considerar que el ordenamiento jurídico simplemente ha reconocido la existencia de un sentimiento natural del ser humano consistente en la apropiación de las cosas u objetos del mundo externo.

Así para lograr esa finalidad, y teniendo en cuenta la perspectiva histórica de los problemas relativos a la regulación de los bienes, el derecho objetivo reconoce formas económicas más importantes de su explotación, las cuales se configuran dentro de la categorización tradicional de los derechos reales.

En conclusión, podemos señalar que los derechos reales son derechos subjetivos que recaen sobre una parte del mundo exterior y que responden al sentimiento natural del ser humano de “tener”, lo que implica la exclusión del resto de la cosa, otorgándole al derecho el carácter de la oponibilidad; conforme Puede verse en el proyecto modificadorio del Libro de Derechos Reales del Código Civil contempla un nuevo régimen de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles, que distingue si el bien está registrado o no. Si el bien consta en el

Registro, es indispensable el trámite registral para que opere la transferencia, es decir, tendría efectos constitutivos. Cuando el bien no está registrado, la transferencia de propiedad, en cambio, operaría con la tradición. (MESINAS MENTERO FEDERICO Y MURO ROJO MANUEL, op., cit. pág. 233)

GÜNTHER GONZALES, señala, que se entiende por Derecho registral, el conjunto de principios y normas que regula la tutela de ciertas situaciones jurídicas subjetivas a través de un recurso de técnica jurídica consistente en la publicidad, organizada por una institución pública, que produce diversos y determinados efectos jurídicos sustantivos de derecho privado (tales como el nacimiento, preferencia y oponibilidad de dichas situaciones jurídicas), y cuya finalidad es dotar de seguridad y justicia al tráfico de intereses económicos.

Agrega este autor citado a MESSINEO, que la idea del Registro nace con la necesidad de proteger la transmisión de los predios, , y la razón de política legislativa que la justifica se halla en impedir transferir o cargas ocultas que afectan a los terceros adquirientes, pues ello simplemente paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza territorial, a causa de la falta de certeza respecto a la condición jurídica de los bienes inmuebles (determinación de su propietario y de las cargas que sufre). Esta misma propuesta fundamental se va ampliando a otros órdenes patrimoniales en donde también se necesita la notoriedad de determinadas situaciones jurídicas. El efecto, la trascendencia del Derecho registral se encuentra en otorgar publicidad de determinados actos o negocios que son relevantes para la vida y el tráfico económico de una sociedad, y eso debe ser catalogado como materia de Derecho privado, pues se trata de situaciones de la

vida civil de cualquier ciudadano, tales como la adquisición de un inmueble, la constitución de una sociedad, el otorgamiento de un poder, entre otros.

Precisa que la buena teoría es aquella que considera el Derecho registral como una parte del Derecho civil, dedicada al estudio sistemático de la tutela de los derechos por medio del fenómeno publicitario: Prácticamente, todos los civilistas europeos tratan el sistema de publicidad dentro de la parte general del Derecho civil, y es obvio que esta postura debe suscribirse, por cuanto el Derecho registral es la publicidad de la vida inter privados. (GONZALES BARRON, Günther: 2013, pág. 292-293)

1.3.- TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO COMPARADO

1.3.1.- EN EL DERECHO ALEMÁN:

En el derecho alemán, se exige que para la transmisión de la propiedad inmueble y para la constitución, la transmisión y gravamen de derechos inmobiliarios limitados, se requiere del acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica, y la inscripción de tal modificación en el registro. Esta misma tendencia la siguen los códigos de Brasil, Chile, Italia; en todos ellos se exige la inscripción.

1.3.2.- EN EL DERECHO ARGENTINO:

En Argentina la transmisión de la propiedad inmueble sólo se perfecciona a través de la inscripción de los respectivos títulos en el registro inmobiliario de la jurisdicción correspondiente.

1.3.3.- EN EL DERECHO FRANCÉS:

En Francia el contrato basta por sí mismo respecto de las partes entre sí. Vale mencionar, que el Código Francés establece la transmisión convencional tanto para bienes muebles como para los inmuebles; en relación a los terceros la transmisión no se produce sino por la inscripción en el registro de propiedad.

1.4.- SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

La doctrina define a la propiedad como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de denominación. Así CUADROS VILLENA considera que éste derecho real es concebido como el más completo de todos los derechos de esta categoría, el cual concede a su titular dentro de la propiedad privada las facultades de goce y disposición, calificándola como un derecho real por excelencia.

Esta postura de considerar a la propiedad como un derecho total que concede al titular los poderes más amplios sobre la cosa, es aceptada en forma unánime por distinguidos tratadistas, entre los cuales se encuentran los MAZEUD, lo cuales otorgan a la propiedad las potestades conocidas como el *ius utendi. ius fruendi* y el *ius abutendi* (usar, disfrutar y disponer). COLINT Y CAPITANT, por su parte define a este derecho real como: “el poder de usar de una cosa y de aprovechar toda la utilidad que es susceptible de procurar de un modo exclusivo y perpetuo”. Por último LAFAILLE, estima que el dominio es el derecho real por excelencia que comprende todas las facultades sobre la cosa, las cuales no vienen

a ser más que aspectos o desmembraciones de aquél (Cuadros Villena, 1995, pág. 306).

Lo antes señalado demuestra que de todos los derechos reales, la propiedad, ha sido en todo momento, un poder directo e inmediato sobre un bien (inherencia), tutelado por el ordenamiento. GONZALES BARRÓN la define como "...el derecho real por excelencia, ya que, significa el máximo grado de poder reconocido sobre un bien a favor de su titular". Ante esta definición, es posible distinguir la "propiedad de todos los otros derechos reales, los que son denominados comúnmente de los "derechos reales de goce" y de los "derechos reales de realización", entre los que se encuentra la hipoteca. (Gonzales Barrón, 2003, pág. 78)

El Código Civil define el derecho de propiedad como: "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" (Artículo 923 del Código Civil).

Se rescata de lo contenido en el artículo acotado que lo señalado por el legislador; es enumerar los derechos del propietario de usar, disfrutar, disponer y reivindicar, reproduciendo el principio constitucional del uso de la propiedad en armonía con el interés social. Es decir, el CCP de 1984, mantiene una definición de la propiedad como conjunto de facultades individualmente consideradas, acentuando la tendencia solidarista de la propiedad, en cuanto ésta debe ejercerse en armonía del interés social y dentro de los límites de la ley.

A nuestro entender, la concepción otorgada por el Código Civil Peruano, deviene en incompleta, ya que la misma sólo se limita a mencionar las facultades de este derecho real, restringiendo el contenido de la propiedad, la cual debe ser

considerada como un derecho subjetivo, lo cual implica el reconocimiento normativo del interés de un sujeto sobre un bien, derecho que goza de la oponibilidad frente a terceros, ya que estos no tienen un deber concreto frente al titular del derecho, lo que significa la inexistencia de una relación de cooperación característica propia de los derechos de crédito.

Todos los sistemas actuales de transferencia del dominio tienen sus antecedentes en el Derecho romano a través de las distintas interpretaciones que se han venido realizando en las fuentes justinianas, y debido a ello todas las legislaciones modernas se consideran herederas del patrimonio jurídico romano.

Es así, que en el Derecho romano clásico, el medio para transmitir la propiedad de las cosas *mancipi* (fincas ubicadas en la ciudad, esclavos, alguna clases de animales) era la *mancipatio*, que era la ceremonia en la cual se reunían el transferente y adquirente conjuntamente con testigos y un encargado de pesar el metal; el adquirente era quien tomaba la cosa o una porción de ella, profería palabras solemnes, seguidos por el silencio del transferente, pesándose luego el metal como comprobación del pago del precio. Respecto de las cosas *nec mancipi*, éstas se transferían a través de la *traditio* o tradición (traspaso posesorio).

Durante la etapa postclásica, desapareció la *mancipatio* y la *in iure cessio*, por lo que la transmisión dominical en el Derecho romano justiniano sólo requirió de la tradición; incluso se llegó a establecer que en esta época se admitieron varias formas de tradición ficticia, sólo bastando para la práctica el simple consentimiento de transferir y adquirir para entender transmitida la propiedad.

Posteriormente la *mancipatio* y la *traditio* se interpretaron de forma distinta. Mientras para alguno se trataba de actos abstractos, donde carecía de relevancia el contrato

causal que subyacía en la transmisión; no importando si la *mancipatio* o la tradición tenían como causa una compraventa, permuta, dación en pago o una donación, bastaba con que se haya realizado la ceremonia *mancipatoria* o la tradición para entender transmitida la propiedad, por lo que este efecto adquisitivo se producía aún cuando el contrato causal fuese nulo o inexistente (2003, p. 53).

El debate en torno al carácter abstracto o causal de la tradición, tiene grandes implicancias para el Derecho moderno, pues la tradición es el único mecanismo romano que ha subsistido hasta el presente.

En relación a la tradición romana, y en vista a sus diferentes interpretaciones, surgiendo los sistemas actuales de transmisión de la propiedad. En el derecho comparado se hayan tres sistemas diferentes:

1.4.1- TRANSMISIÓN MEDIANTE LA “TRADITIO”

Surge de los textos romanos la teoría conocida como el título y el modo, produciéndose la transferencia de propiedad con la conjunción de dos elementos: un contrato causal cuya finalidad sea traslativa (título), el cual funciona como justa causa de la tradición (modo). Cabe mencionar que este sistema es adoptado por los Códigos Civiles de Austria, Argentina y España, entre otros.

1.4.2.- TRANSMISIÓN MEDIANTE LA “TRADITIO” ABSTRACTA:

En este caso, la transferencia de la propiedad, se produce con la sola tradición, entendiéndola como un acto voluntario de entrega, donde existe la decisión de transferir y adquirir, no habiendo necesidad de que haya un contrato.

Así mismo cabe mencionar que este sistema es adoptado por el Código Civil Alemán.

1.4.3- TRANSMISIÓN PURAMENTE CONSENSUAL:

Esta transmisión tiene su fundamento en el contrato traslativo de dominio. En este caso, la transferencia de la propiedad se produce con la conclusión del contrato causal, en tanto que allí se consuma la voluntad causalizada de transferir y adquirir. Este sistema es adoptado por el Código Civil Francés, seguido por las legislaciones italiana y portuguesa entre otras, las cuales pretenden simplificar el tráfico de bienes para lograr una mayor circulación de riqueza; cabe señalar que responde a la idea de que la voluntad es todopoderosa para vincular al hombre (idea propia del Derecho natural).

El modelo liberal del siglo XIX, tuvo como gran protagonista al derecho de propiedad; alrededor de aquel derecho giraban todas las demás instituciones, entre ellas el contrato e incluso la responsabilidad civil. Siendo el contrato concebido como un instrumento cuya finalidad se circunscribía a transmitir la propiedad. En Francia se estableció que la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación contractual.

Así, tal cual expresara con maestría Manuel Augusto Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de fecha 11 de agosto de 1925 (recogido en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión) y cuyo de texto se transcribe más adelante, conforme al sistema francés de transferencia de la propiedad, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el

dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa; la obligación nace y muere sin solución de continuidad, se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación (Castillo Freyre, 2007, pág. 25).

Así mismo Manuel Augusto Olaechea, presume que existe en el Código Napoleónico, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de este sistema, se colocan los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento.

Cabe resaltar, que el sistema francés ejerce gran influencia en nuestro sistema de transferencia de propiedad, y es manifestado desde el Código Civil peruano de 1852, y posteriormente por los Códigos Civiles de 1936 y 1984.

1.4.4.- TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852:

Este cuerpo normativo, adoptó un solo sistema de transferencia no diferenciado para los bienes corporales, ya sean muebles o inmuebles. Así establece: “La enajenación se completa con la tradición, que es la entrega de la cosa, poniéndola a disposición de un nuevo dueño...” (Artículo 574 del Código Civil de 1852).

Así mismo en su Libro Tercero, De las Obligaciones y Contratos, en su sección segunda referida a los Contratos Consensuales, en su Título Primero legislaba el contrato de Compraventa, definiéndolo en su artículo 1305, y estableciendo el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes, siguiendo fielmente la misma línea del Código Napoleón. Por su parte, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que el Código de 1852, en su artículo

1306 establecía el sistema francés, habida cuenta de que con el simple acuerdo de las partes sobre los elementos constitutivos de este contrato (bien a transferir y precio a pagar por él) se entendía transferida la propiedad, aunque no se hubiese entregado la posesión del inmueble.

1.4.5.- TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936:

Hay dos personajes que sostuvieron los dos sistemas, y son Alfredo Solf y Manuel Augusto Olaechea.

Alfredo Solf, planteaba el sistema constitutivo registral, estableciéndose la obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de la transferencia de los inmuebles.

Manuel Augusto Olaechea, planteaba la conservación del sistema de transferencia por el simple consenso planteado por el artículo 1306 del Código de 1852, destacando la agilidad de las transacciones, basándose asimismo en la precariedad del sistema registral peruano.

Respecto a la tradición de los bienes inmuebles, Olaechea consideraba, que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble, no era un sistema adecuado puesto que la tradición no garantiza la publicidad del acto.

El presente cuerpo normativo se encontraba estipulado en el Artículo 1172 del Código Civil de 1936 que prescribía: “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

1.4.6.- TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984:

El presente cuerpo normativo regula en su Libro V, de Derechos Reales, la transferencia de la propiedad y lo estipula en sus artículos 947 a 949. Siendo el artículo 947 referido a la transferencia de propiedad de bienes muebles; y su artículo 949 el que regula lo referente a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles, estipulando lo siguiente:

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

El presente cuerpo normativo, opta por el mismo sistema que el Derecho francés, desechando todas aquellas opciones que consideran indispensable el requisito de la inscripción. De acuerdo con este sistema, la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, más para oponerla a terceras personas es necesaria su inscripción en el Registro.

Todos los sistemas actuales de transferencia del dominio tienen sus antecedentes en el Derecho romano a través de las distintas interpretaciones que se han venido realizando en las fuentes justinianas, y debido a ello todas las legislaciones modernas se consideran herederas del patrimonio jurídico romano.

Es así, que en el Derecho romano clásico, el medio para transmitir la propiedad de las cosas *mancipi* (fincas ubicadas en la ciudad, esclavos, alguna clases de animales) era la *mancipatio*, que era la ceremonia en la cual se reunían el transferente y adquirente conjuntamente con testigos y un encargado de pesar el metal; el adquirente era quien tomaba la cosa o una porción de ella, profería palabras solemnes, seguidos por el silencio del transferente, pesándose luego el metal como comprobación del pago del precio. Respecto de las cosas *nec mancipi*,

éstas se transferían a través de la *traditio* o tradición (traspaso posesorio) (Gonzales Barrón, 2003, pág. 562).

Durante la etapa postclásica, desapareció la *mancipatio* y la *in iure cessio*, por lo que la transmisión dominical en el Derecho romano justiniano sólo requirió de la tradición; incluso se llegó a establecer que en esta época se admitieron varias formas de tradición ficticia, sólo bastando para la práctica el simple consentimiento de transferir y adquirir para entender transmitida la propiedad.

Posteriormente la *mancipatio* y la *traditio* se interpretaron de forma distinta. Mientras para alguno se trataba de actos abstractos, donde carecía de relevancia el contrato causal que subyacía en la transmisión; no importando si la *mancipatio* o la tradición tenían como causa una compraventa, permuta, dación en pago o una donación, bastaba con que se haya realizado la ceremonia *mancipatoria* o la tradición para entender transmitida la propiedad, por lo que este efecto adquisitivo se producía aun cuando el contrato causal fuese nulo o inexistente (Gonzales Barrón, 2003, pág. 563).

1.4.7.- SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL PERÚ

1.4.7.1.- SISTEMA ROMANO

En este sistema se desarrolla la tradición como forma de adquirir la propiedad inmueble y busca servir como un medio de publicidad dentro de la sociedad evitando así cualquier simulación que pudiese afectar a terceros. Siendo de este modo el contrato obligacional, ya que el comprador se convertía en acreedor del vendedor y al final debía hacer entrega del inmueble.

La compraventa se convirtió en un contrato, con prestación y contraprestación.

Asimismo, se admite distanciar en el tiempo bien sea entrega de la cosa o bien el pago del precio, de tal manera que ambos actos se realizan en momentos diferentes. Vale decir que la conjunción de estos elementos dio lugar a la sustitución de la compraventa traslativa de la propiedad por la compraventa generadora de obligaciones recíprocas.

Siendo de este modo que la compraventa se perfecciona por el mero hecho del consentimiento y para transmitir la propiedad ha de ir seguida de la tradición de la cosa.

La propiedad de la cosa solo se transmite mediante la tradición efectuada en ejecución de la obligación nacida del contrato de compraventa.

Surgiendo de ese modo la diferencia entre perfeccionamiento y conclusión del contrato de compraventa, caracterizada porque el contrato queda perfeccionado en el momento de su celebración, cuando se produce el consentimiento de las partes, y queda concluido cuando se cumplen las obligaciones creadas por el mismo. Este cumplimiento se realiza, tratándose de la transferencia de la propiedad, con la ejecución de la prestación de entrega.

El solo contrato de compraventa, sin el complemento de la entrega, era impotente para transferir la propiedad de la cosa.

Por su parte Hugo Forno citado por Manuel Muro Rojo afirma que el carácter traslativo y no obligacional a la transferencia de inmuebles, requiere de una actividad del deudor (MURO ROJO Manuel. Comentario al artículo 949 del Código Civil. Código Civil)

Reputándose necesaria la tradición para operar la transferencia de la propiedad, pero de hecho se la reemplaza por cláusulas contractuales de tradición fingida, tales como la tradición por constitución posesoria y las tradiciones breve manu y lunga man, que equivalían a la dispensa de la tradición real.

Las Críticas a este sistema señalan que la tradición funciona como forma de publicidad sólo en una sociedad pequeña, mas no así en la sociedad actual, en que la tradición puede hacerse sin necesidad de que intervenga algún funcionario público (Vásquez Ríos, 2003, pág. 105).

1.4.7.2.- SISTEMA FRANCÉS:

Para COLIN y CAPITANT señalan lo siguiente: “El derecho privado francés no era uniforme desde el punto de vista de la aplicación territorial. El reino era dividido en dos regiones, que correspondían en su extensión, al Norte y al Mediodía, los países de costumbres y los países de derecho escrito. Los países de costumbres estaban situados en general al norte del Loire.

La línea de separación iba desde los alrededores de Ginebra a la desembocadura del Charente. Los países de costumbres se denominaban así porque el Derecho por el cual se regían encontraba su origen en las antiguas costumbres, las cuales, a través de los siglos, no habían sido redactadas por escrito.

La mayor parte de estas costumbres procedían del Derecho germánico importado en la Galia por los invasores barbaros en los siglos V y VI después de Jesucristo. Diferían, según las regiones, y en algunos detalles variaban aun de pueblo en pueblo. Los países de derecho escrito comprendían las regiones del

Mediodía, donde poco antes se había implantado fuertemente la dominación romana. A ellas se unió más tarde Alsacia.

El Derecho civil aplicable, en cuanto a las principales materias, el Derecho romano, calificado de escrito porque, era consignado en monumentos escritos. Estos monumentos, después de la época en que el conocimiento de Derecho bizantino había penetrado en Francia, es decir, eran las compilaciones de Justiniano, emperador de Oriente, que componían al Corpus juris civilis: Instituta, Pandectas, Código y Novelas”.

Tratándose del contrato de compraventa, las instituciones romanas para la transferencia de la propiedad se perpetuaron en los países de derecho escrito. En cambio, en los países de costumbres, la evolución propia, ya sea como renacimiento del Derecho romano, se retornó poco a poco a las practicas romanas de utilizar clausulas sustitutorias, en las que el propietario se despojaba de su propiedad y afirmaba poseer en nombre ajeno.

FERNANDEZ CRUZ Gastón critica el supuesto carácter obligacional de la transferencia de propiedad inmueble, pues el recurso a la noción de obligación se justifica solamente si el interés puede ser satisfecho por otro a través de un despliegue de energías de trabajo, esto es, mediante la prestación. No obstante admite que el Código Civil ha optado por la noción del título y modo para la transferencia inmobiliaria si se tiene en cuenta que el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. (Citado por MURO ROJO Manuel en Código Civil Comentado, op. Cit, pág. 231).

En el Código Francés se tomó el consentimiento de las partes como forma para constituir el derecho real, tanto para muebles como para inmuebles. Para ellos el contrato es traslativo de dominio, es decir vender es enajenar, el cambio de la propiedad es directo.

Así mismo la casi imposibilidad de defender el derecho de terceros hizo comprender a los juristas franceses la necesidad de otorgar a los terceros un medio por el cual pudieran proteger sus intereses, ello se logró considerando que la transmisión de la propiedad inmueble frente a terceros se tenía como realizada a partir de la inscripción en el fichero inmobiliario, inscripción que funciona como acto declarativo a favor de terceros.

1.4.7.3.- SISTEMA ALEMÁN:

Para la elaboración del Código Civil Alemán, se tuvo presente el modelo del Código francés, rechazando expresamente el principio de la eficacia traslativa del consentimiento como incompatible con las operaciones del comercio jurídico. Se afirma, la negociación de los bienes devendría insegura: pero para los bienes inmuebles este signo extremo no puede consistir en el hecho histórico de la entrega, debiendo recurrirse más bien a un registro permanente consultable públicamente.

El Código Civil alemán (BGB) establece lo siguiente: “Por el contrato de compraventa el vendedor de una cosa se obliga a entregar la cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad de la misma. El vendedor de un derecho está obligado a proporcionar el derecho al comprador y, si el derecho faculta la posesión de la

cosa, a entregar la cosa. El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio pactado y a recibir la cosa comprada”; señalando el Artículo 433 del Código Civil Alemán, que por el contrato de compraventa el vendedor de una cosa se obliga a entregar la cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad de la misma. El vendedor de un derecho está obligado a proporcionar el derecho al comprador y, si el derecho faculta la posesión de la cosa, a entregar la cosa.

Así LARENZ señala que el que compra una cosa quiere adquirirla no solo aprovechándose de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente.

Así mismo señala, que la transmisión de la propiedad es regulada por la ley en el derecho de las cosas. Esta transmisión, en lo referente a cosas muebles, exige, por una regla general, su entrega y el acuerdo de ambas partes de transmitir la propiedad”. El acuerdo exigido no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato “real” diferente del de su compraventa, cuyo único contenido es precisamente que la propiedad sea transmitida.

Cabe señalar igualmente que, este contrato real es, según la concepción legal, independiente de su eficacia del contrato abstracto. A través de la entrega y un contrato real valido en si mismo el comprador se hace propietario, siempre que el contrato de compraventa no sea nulo o se impugne eficazmente. En el supuesto de inmuebles, al acuerdo real de ambas partes acerca de la transmisión de la propiedad, que se denomina “transmisión formal” y requiere una forma determinada se añade como otro requisito la inscripción en el Registro.

La validez de esta transmisión formal, verificada conforme a derecho, no depende tampoco de si el contrato de compraventa es eficaz. La transmisión de la propiedad se basa, por consiguiente, únicamente en el contrato real al que se une

un acto ejecutivo real (entrega o inscripción), que tiene sobre todo la finalidad de hacer visible externamente (para terceros) la transferencia de la propiedad (principio de publicidad). La transmisión de la propiedad se basa, por consiguiente, únicamente en el contrato real al que se une un acto ejecutivo real (entrega o inscripción), que tiene sobre todo la finalidad de hacer visible externamente (para terceros) la transferencia de la propiedad (principio de publicidad). (De la Puente y Lavalle (1999), Estudio sobre el Contrato de Compraventa, Lima, Edición Gaceta Jurídica, pág. 17).

La necesidad de conjugar el contrato obligacional de compraventa con el contrato real de tradición ha dado lugar a que el sistema germanico sea denominado “Sistema de la separación del contrato”.

Cabe mencionar que la inscripción tiene no sólo un carácter declarativo a favor de los terceros, sino que es el modo en como se transmite la propiedad, utilizándose en este sistema el denominado “folio real”, el cual implica la existencia de una hoja registral para cada inmueble, sólo se tiene como la causa que obliga a realizar la anotación de dicha transmisión en la hoja registral, pudiendo recién operar como hecho constitutivo y traslativo de dominio.

Por tanto la inscripción viene a ser un acto independiente del contrato, de manera tal que funciona como sanadora de cualquier vicio que tuviera el título.

1.4.7.4.- SISTEMA ESPAÑOL:

La codificación española acepta decidida y abiertamente la tesis de que en el sistema del Código Civil el vendedor se obliga a transferir el dominio de la cosa,

siendo ello considerado como una modalidad del sistema de la unidad del contrato, llamada “principio de yuxtaposición de los sistemas de unidad y de la tradición”, que concede al contrato de compraventa la aptitud para transferir al comprador el título sobre la cosa pero que requiere la tradición de esta para que el comprador adquiera el derecho de propiedad.

1.4.7.5 .- SISTEMA PERUANO:

El artículo 949° del Código Civil prescribe que: La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario; es decir, adopta el sistema consensualista al establecer que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario de él, salvo disposición diferente o pacto en contrario. De esta manera bastará que el comprador y vendedor se pongan de acuerdo para que se obliguen a perfeccionar el contrato, sino que el comprador adquirirá la propiedad del inmueble.

Así mismo, no se tomará en cuenta este principio en caso de existir pacto en contrario, lo cual funciona en la compra venta con reserva de propiedad o en caso de que se hubiere pactado la transferencia inmobiliaria perfeccionándose recién con la inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

1.5.- CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.-

En el sistema alemán, pese a la ventaja que representa poder apreciar el contrato de compraventa solo según los presupuestos establecidos para los contratos obligatorios, mientras que el contrato real se somete a las normas vigentes para los negocios dispositivos, se le critica el hecho de que establece la división

del proceso de enajenación en dos negocios tiene el inconveniente para el comprador de que el vendedor, mientras no se realice el negocio de disposición, está en situación de poder transferir la cosa a un tercero o gravarla con eficacia jurídica, sin que el comprador pueda salir al paso a la ejecución; mientras que para el vendedor representa también una desventaja por cuanto, dada la naturaleza abstracta del negocio de disposición real, pierde la propiedad aunque el contrato de compraventa fuera nulo o se hiciera nulo después de la entrega en virtud de una impugnación.

El sistema francés, ha sido criticado por implicar un peligro para los terceros en virtud de que los consentimientos no son actos aparentes debido a que los terceros no tienen conocimiento de ello y la propiedad se transmite sin saberlo ellos, asimismo el comprador por convertirse en propietario desde la perfección del contrato de compraventa que fue realizada desde el intercambio de consentimientos, ya que el comprador soportará desde ese instante el riesgo de pérdida o de deterioro de la cosa comprada, convertida en cosa propia de él.

Para el sistema español, el simple hecho de reconocer la importancia de la posesión como signo de la propiedad y permitir la compraventa de cosas futuras, ajenas; son criticadas por limitar los efectos del contrato de compraventa al sólo hecho de obligarse a transferir la propiedad de la cosa

En el Perú en aplicación del artículo 949 del Código Civil la transferencia de propiedad inmueble se efectúa en virtud de un contrato con efectos reales (MESINAS MONTERO Federico, op., cit., pág. 229).

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

En la actualidad existen problemas en lo que se refiere a la transmisión de la propiedad inmueble, existiendo discusiones jurídicas sobre el particular, por lo que se hace necesario que la transferencia de la propiedad, tenga un mejor tratamiento haciéndose un minucioso estudio y análisis al respecto, porque cuando una persona adquiere un bien inmueble necesita tener seguridad jurídica, pues todo propietario debe ser protegido por el sistema, de modo tal que no pueda ser despojado de su derecho; que además la seguridad no debe circunscribirse únicamente al titular del derecho, sino que también debe extenderse a los terceros, con la finalidad de garantizar que las transacciones se desenvuelven de manera idónea, evitándose las estafas de las que son víctimas muchas personas cuando adquieren bienes inmuebles, existiendo casos que un mismo bien inmueble es adquirido por varias personas, siendo solo una de ellas a quien le asiste el mejor derecho de propiedad.

El problema se presenta por que el artículo 949 del Código Civil, señala en forma taxativa que “la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario”; desprendiéndose de dicha norma sustantiva que no es necesaria la inscripción registral para adquirir la propiedad de un bien inmueble; por lo que consideramos que la inscripción registral debe ser una forma obligatoria para el perfeccionamiento del contrato, con lo cual se garantizaría la seguridad jurídica en tráfico mobiliario de bienes inmuebles, y de esa forma evitar que un mismo bien

sea adquirido por varias personas y solo una de ellas sea el verdadero propietario, perjudicándose a los demás adquirientes.

2.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿SE LOGRA LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TRANSFERENCIA DE UN BIEN INMUEBLE CON EL SIMPLE CONSENTIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?

2.3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1.- JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

La investigación se justifica porque en doctrina la transferencia de la propiedad inmueble, siempre ha sido objeto de estudio, en consecuencia, considerarnos que esta investigación ayuda en algo a solucionar el problema generado en torno a la inseguridad en la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en el Perú, persiguiéndose con la misma evitar estafas a muchas personas que adquieren bienes inmuebles confiando en la “buena fe” del vendedor

2.3.2.-JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Esta investigación se justifica porque con la existencia de un registro constitutivo en nuestro ordenamiento jurídico, se solucionaría jurídicamente la compra venta de bienes inmuebles.

2.3.3.- JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

La investigación se justifica por las constantes denuncias públicas y privadas que hacen las personas que son estafadas por los despojos de que son objeto de la propiedad de sus bienes inmuebles simplemente porque el bien inmueble del cual se sienten propietarios en la práctica no lo son porque otra persona tiene el mejor derecho de disponer de dicho bien porque inscribió la propiedad en Registros Públicos.

2.4.- VIABILIDAD

No obstante, a la escasa bibliografía al respecto si el posible la realización y culminación del presente trabajo de investigación.

2.5.- OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

2.5.1.- OBJETO GENERAL

Analizar porqué la aplicación del artículo 949 del Código Civil Peruano no brinda seguridad jurídica en la adquisición de bienes inmuebles en el Perú,

2.5.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar cuál de los sistemas registrales existentes, se adecuaría a nuestra realidad en la transferencia de propiedad inmueble, para una seguridad jurídica.
- Analizar las ventajas y desventajas de la implantación de un nuevo sistema registral en la transferencia de bienes inmuebles.

2.6.- HIPÓTESIS

Con el simple consentimiento en la compraventa de bienes inmuebles no se logra la seguridad jurídica en el Perú

2.7.- VARIABLES

2.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE

La necesidad de la inscripción de los contratos de transferencia de bienes inmuebles

2.7.2.- VARIABLE DEPENDIENTE

La obligatoriedad o no de la inscripción de los bienes inmuebles dependerá de la capacidad y del desarrollo del sistema registral peruano

2.7.3.- CONCEPTUALIZACION DE LAS VARIABLES

VI: Con la necesidad de la inscripción de los contratos de transferencia de bienes inmuebles se lograría la seguridad jurídica para las personas que realizan transferencias de bienes inmuebles, evitándose que un mismo bien inmueble sea transferido a más de una persona, perjudicándose a personas que basándose en la confianza y creyendo en buena fe de sus vendedores son estafados.

VD: La obligatoriedad o no de la inscripción de los bienes inmuebles dependerá de la capacidad y del desarrollo del sistema registral peruano; pues con la existencia de un sistema registral constitutivo de derechos obligatorio en la transferencia de

bienes inmuebles se evitaría la inseguridad en el tráfico inmobiliario con el sistema registral declarativo vigente en la actualidad

2.7.4.- OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

2.7.4.1 INDICADORES:

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADOR	FUENTE
La necesidad de la inscripción de los contratos de transferencia de bienes inmuebles	Exceso de confianza de compradores	-Legislación I -Doctrina - jurisprudencia - Derecho comparado
VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADOR	FUENTE
La obligatoriedad o no de la inscripción de los bienes inmuebles dependerá de la capacidad y del desarrollo del sistema registral peruano	Sistema declarativo en inscripciones	-Legislación -Doctrina - Jurisprudencia -Derecho comparado

2.8.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

2.8.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de carácter descriptiva, y documental y analítica, por cuanto se tratará de describir la institución concerniente a la transferencia de propiedad inmueble en el Perú y en la doctrina comparada.

2.8.2.-TÉCNICAS Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

2.8. 2.1.- TÉCNICAS

La técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, llevándose a cabo una recopilación de los mismos, es decir la técnica bibliográfica.

2.8.2.2.- MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

MÉTODO DOGMÁTICO: En un comienzo se utiliza el método dogmático con la finalidad de poder conocer la naturaleza jurídica de las consecuencias de la inscripción registral de transferencia de bienes inmuebles

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICO: Con la finalidad de reforzar la interpretación del tema

MÉTODO DEDUCTIVO: Es decir de lo general a lo específico; partiendo de enunciado general del que se va desentrañando partes o elementos específicos.
Inductivo: Es aquella orientación que va de los casos particulares a lo general, es decir que de datos o elementos individuales por semejanzas, se sintetiza y se llega a un enunciado general que explica y comprende a esos casos particulares.

MÉTODO DESCRIPTIVO: Con la finalidad de poder responder a la pregunta ¿Porqué? deben inscribirse las transferencias de bienes inmuebles

MÉTODO EXPLICATIVO: Con la finalidad de considerar la respuesta al ¿cómo, se centra en responder a la pregunta: ¿Por qué es así la realidad? O ¿cuáles son las causas y Efectos.

MÉTODO SOCIOLOGICO - FUNCIONAL, Por el contexto donde comienza a funcionar la maquinaria del derecho a través de sus conceptos jurídicos e instituciones.

CAPITULO III

PROBANZA DE LA HIPOTESIS

3.1. ANÁLISIS LEGISLATIVO:

Con la finalidad de corroborar la probanza de nuestra hipótesis se hace en primer lugar un análisis legislativo del artículo 949 del Código Civil, referente a la transferencia de bienes inmuebles y que señala:

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

Análisis de este artículo:

Haciendo un análisis de esta disposición legal que señala que la propiedad inmobiliaria se adquiere y se transmite por la sola obligación, es decir que el sólo intercambio de voluntades perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria; consideramos que ello no es suficiente, porque en nuestra realidad si quien adquiere un bien inmueble no se preocupa en inscribir la transferencia en la oficina registral del Registro de Propiedad Inmueble, corre el riesgo de perder el derecho de propiedad que ha adquirido, pues si el mismo bien inmueble es trasferido dos o más veces, y el caso tenga que ser dilucidado en el Poder Judicial, el juzgado va a decidir la controversia declarando el mejor derecho de propiedad al adquirente que haya inscrito su derecho.

3.2. ANÁLISIS DOCTRINARIO:

Corroboramos la probanza de nuestra hipótesis haciendo un análisis del tratamiento del tema vertida por diversos juristas, que han analizado los alcances del Artículo 949 del Código Civil; así por ejemplo citamos a los siguientes tratadistas:

MIGUEL TORRES MÉNDEZ:

Este tratadista señala que el presente artículo (949) es una norma irrita porque no se aplica o es tomada en cuenta en modo alguno en el tráfico inmobiliario peruano; y por ser este artículo una norma irrita debería ser modificada, siendo que dicha modificación debería consistir en establecer o adoptar en dicho código civil a la “tradición” o entrega como “modo” de transferencia de propiedad inmobiliaria (Torres Méndez, Miguel: 1993, pág. 162)

EUGENIO RAMÍREZ CRUZ:

Este tratadista señala que el presente artículo (949) enuncia el principio de que la propiedad inmobiliaria se adquiere o transmite por la sola obligación. Hubiera sido más exacto decir: “el solo contrato”. En otras palabras, con arreglo el artículo 949, el solo intercambio de voluntades o solus consensus, perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria (Ramírez Cruz, Eugenio: 2004, pág. 202).

Agrega que cabe mencionar que el contrato de compra venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (creando las obligaciones de dar) y es modo de adquisición (el mismo que perfecciona la adquisición del comprador). Título y modo coinciden, pues, en términos generales.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE:

Para este autor, la redacción del artículo 949 del código civil ha dado lugar a que la doctrina peruana se divida en dos sectores: uno de ellos señala que el sistema peruano de adquisición de la propiedad esta articulado en la aplicación de la teoría del título y el modo como sucede en el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión solo consensu para el caso de los bienes inmuebles; el otro sector sostiene que tanto para el caso de los bienes muebles como para el de los muebles inmuebles debe aplicarse la teoría del título y el modo.

El primer sector señala que toda obligación se cumple mediante la ejecución de una prestación, que es un comportamiento o actividad del deudor y que el artículo 949 del código civil, al establecer que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor-como se necesita en cambio para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble debe ser entendido en el sentido que esa transmisión no deriva del cumplimiento de una obligación sino que emana directamente del contrato, sin que sea necesario el expediente de crear una obligación. Esta es la tesis de FORNO (De la Puente y Lavalle: 1999, pág. 23)

EUGENIO RAMÍREZ CRUZ:

Este tratadista señala que el artículo 949 del Código Civil Peruano esta en concordancia con el presente numeral (artículo 1352), que es el que establece palmariamente el principio del consensualismo. Señalando que el primer párrafo del artículo 1352: “los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes”. El sentido de este párrafo es aparentemente, oscuro. Sin embargo, la palabra

“perfeccionan” indica que todos los efectos útiles de la venta se han obtenido (Ramírez Cruz Eugenio: 2004, pág. 202).

De esto se deduce que el comprador pasa a ser propietario del bien al mismo tiempo que el acreedor, y sin tradición alguna.

Al tratar sobre el perfeccionamiento del contrato, podrá apreciarse que esta institución puede ser entendida de dos formas distintas: (i) el acto espiritual del acuerdo de voluntades; o (ii) como el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación. Discutiéndose la conjunción de la oferta con la aceptación es técnicamente posible. Dándose paso a que en la formación del contrato existan, por un lado, las voluntades internas de cada parte que, aun cuando destinadas a integrarse entre si, conservan su individualidad y no se ponen de manifiesto y, por otro lado, la manifestación de esas voluntades, teniendo el carácter de una declaración de voluntad común.

MAZEAUD:

Para este tratadista, la eficacia de la voluntad supone su existencia real (o sea voluntad interna) y su manifestación (declaración de voluntad). Es decir, que el consentimiento es uno solo, en el sentido de que ambas partes prestan el mismo consentimiento, este presenta dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común.

Así se presentan los lados del consentimiento; en primer lugar, el lado interno del consentimiento, el mismo que va a considerar que se trata de un contrato en el

que hay dos partes, un oferente o grupo de oferentes, y un aceptante o grupo de aceptantes.

Para los efectos del consentimiento, interesa saber qué es lo que las partes desearon individualmente obtener del contrato y qué las ha llevado a iniciar las negociaciones, si es que estas hubieran existido; puesto que durante esta etapa no estaban consintiendo, sino únicamente queriendo.

Solo cuando llega el momento de celebrarse el contrato, cuando surge en la vida del Derecho ese acto jurídico plurilateral, es que las partes dejan de querer individualmente para ponerse de acuerdo, para unir sus voluntades. Vale la pena repetir las palabras de Baudry-Lacantinerie y Barde: "yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades".

Vale decir que llegado el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, es decir la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. Confundiéndose muchas veces el contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. En consecuencia, una vez llegado el momento de celebrarse el contrato, las voluntades internas de las partes, con relación al contrato, tienen que ser coincidentes, debido ello al contenido de la oferta el mismo que debe ser necesariamente el de la aceptación para que haya acuerdo de voluntades internas.

Es cierto que existen dos voluntades internas, pero no es menos cierto que esas dos voluntades quieren consentir, quieren desear la misma cosa, y si en caso no lo logran, si no quieren lo mismo, no habrá contrato.

Vale decir que cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda.

La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente el contrato va a estar constituido por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

JORGE GIORGI:

Señala que el acto interno de la voluntad debe ser deliberado, en el sentido que el contratante debe estar consciente de que mediante la exteriorización de esa voluntad interna se va a formar un contrato. De ser el caso que una persona ocupa la posición de oferente, debe situarse en la posición de querer que si su oferta es aceptada se va a formar el contrato; si, por el contrario, se ocupa el lugar del aceptante, su voluntad debe ser que deliberadamente con su aceptación se está dando lugar a la celebración del contrato.

Respecto al lado externo del mismo, cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales.

ROBERTO DE RUGGIERO:

Este autor entiende que el encuentro de las dos voluntades da lugar a una nueva voluntad, que es el resultado, de aquella unión de las voluntades de los contratantes.

Ocurre aquí, que la unión y manifestación de dos personas diferentes da lugar al consentimiento, con la diferencia, sin embargo, de que los dos elementos que se unen para formar el consentimiento si bien son distintos por constituir voluntades internas de dos personas diferentes, tienen el mismo contenido, porque cada parte quiere lo mismo, que es celebrar el contrato, o sea que nazcan las obligaciones que constituyen su objeto, aunque inmediatamente quieren cosas distintas, como son los efectos que tendrá el contrato para cada una de ellas, esto es, la ejecución de las prestaciones respectivas.

Para que exista consentimiento es necesario, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas. Tal como dice Federico Puig Peña, un consentimiento que no se manifiesta es un no consentimiento.

Esta manifestación externa se logra con el concurso de dos declaraciones de voluntad, una del oferente que está constituida por la oferta, y otra del aceptante que está constituida por la aceptación.

Debe tenerse presente que el contrato no está formado por dos diferentes declaraciones de una misma voluntad, sino que el conjunto de la oferta y de la aceptación debe ser considerado como una declaración conjunta de dos voluntades iguales.

Para Manuel de la Puente y Lavalle, la teoría del negocio jurídico no acepta este planteamiento, por cuanto considera que el contrato, como negocio jurídico bilateral, está constituido por dos declaraciones separadas de voluntad, una que corresponde a cada parte; no compartiendo tal criterio, debido a que el contrato es un acto o negocio jurídico que se forma por el acuerdo sobre una declaración de voluntad, de tal manera que si bien ese acuerdo es alcanzado mediante la coincidencia de dos voluntades internas, estas dos voluntades, unidas mediante su absoluta coincidencia, se exteriorizan, no como dos declaraciones diferentes, sino como una sola declaración que debe ser considerada como hecha conjuntamente por ambos contratantes (De La Puente Lavalle, Manuel, 1999, pág. 18)

La oferta no es un acto jurídico, en cambio sí es una declaración de voluntad; la aceptación, por su parte, no siendo tampoco un acto jurídico, es también otra declaración de voluntad. Pues bien, ninguna de esas dos declaraciones es el contrato, ni tampoco lo es la coexistencia de ambas declaraciones, porque si nunca llegaran a encontrarse, por más que existieran, no se formaría el contrato. Este es el encuentro de las dos declaraciones, cuyo verdadero contenido no es otro que el de expresarse recíprocamente ambos contratantes dos voluntades idénticas pero individuales, lo que da lugar a que, para los efectos del Derecho, surja un nuevo ente cuya esencia es la de constituir una declaración de voluntad común que, precisamente, por ser común y no individual de cada una de las partes, es que recibe la protección jurídica que le permite tener efectos obligatorios.

El contrato es algo más que el acuerdo de voluntades, por tener un sentido técnico, esto es, ser el medio por el cual la ley permite que ese acuerdo adquiera virtualidad propia como acto jurídico, no solo respecto de los otros contratantes, sino

también con relación a terceros. Las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación tienen como única consecuencia contractual la de poner de manifiesto el acuerdo de voluntades, pero no van más allá, esto es, no se logra aún el segundo paso que es necesario para la existencia del contrato, o sea el poner de manifiesto que mediante ese acuerdo se pretende una finalidad jurídica querida por ambas partes y amparada por el Derecho.

La conjunción de dos voluntades individuales en forma tal que quieren lo mismo, cuya expresión como declaración conjunta surge por el hecho de la aceptación, es decir cuando el aceptante hace suya, la voluntad del oferente y lo declara así, con lo cual las dos declaraciones así unidas tienen el carácter de una declaración conjunta de voluntad común.

Cabe señalar que en la acción de contratar existen dos consentimientos:

a) El consentimiento constituido por la coincidencia de las voluntades internas que es lo que determina que se acepte la oferta.

b) El consentimiento concebido como la exteriorización de esas dos voluntades coincidentes, ya que no debe olvidarse que para que exista contrato no es suficiente que la aceptación coincida con la oferta, sino que es necesario, además, que ambas partes quieran que mediante la aceptación se forme el contrato; esto es, que surja ese ente al cual la ley le otorga el poder de producir efectos jurídicos obligatorios.

3.3.- ANALISIS DE LA IMPORTANCIA DE UN REGISTRO CONSTITUTIVO:

Para Alfredo Bullar “un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier 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 crea los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello Se derivaran, dos consecuencias:

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinara que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serán 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 o la titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportaran 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 la facultad de excluir fuese completamente cierta”. (Castillo Freyre Mario: 2007, pág. 120)

La propiedad facilita la circulación de la riqueza, y para que ese intercambio sea seguro es necesario que existan signos de cognoscibilidad que permitan a los terceros, identificar si el transferente, en efecto, tiene la facultad de realizar la transferencia y si el derecho que se transmite existe y otorga la posibilidad de excluir.

Desde el punto de vista económico, el sistema de propiedad perfecto es aquel que permite el máximo grado de exclusión al menor costo, facilitando, así mismo, el intercambio y la circulación de la riqueza. Un sistema como el planteado únicamente puede desenvolverse si los terceros se encuentran en posibilidad de conocer el derecho del cual han sido excluidos.

La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad; de lo contrario, se estaría en el absurdo de que existan sujetos excluidos que no tengan en los hechos la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

El sistema consensualista genera serios inconvenientes que se traducen en el menor grado de seguridad que brinda en comparación con los sistemas que requieren de la inscripción registral para que se realice la transferencia de propiedad. Asimismo el sistema consensualista supone gran incertidumbre, pues supone que el adquirente deba confiar en la buena fe del transferente. Así, debe confiar, básicamente en tres requisitos:

- Que la persona que está transfiriendo es el propietario.
- Que aquel no le haya transferido la propiedad a otro.
- Que no exista un tercero con documento de fecha cierta anterior que pueda privarlo del bien.

El primer problema se basa desde su ya tradicional perspectiva del derecho relacionado directamente con la economía, lo que lo lleva a expresar conceptualmente y en gráficos, y de manera bastante acertada, sus preocupaciones en referencia al tráfico comercial y las probables trabas que al mismo pudieran

afectar un sistema imperfecto de transferencia de propiedad, punto que se relaciona con la posibilidad del propietario de excluir a los demás en relación al derecho de propiedad mismo, y hasta cuestionar si dentro de un sistema de transferencia de propiedad imperfecto, estamos en presencia o ausencia de un verdadero derecho de propiedad.

El sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país, es decir, el sistema consensualista, tiene un registro que no es constitutivo de derechos, sino meramente declarativo.

Siendo tres los efectos perniciosos que suelen resaltar los detractores de este sistema, debido a su falta de eficacia constitutiva:

- Merma la utilidad social del registro al no permitir, en muchos supuestos como en los que ha habido inscripción o se ha interrumpido el tracto sucesivo, que se conozca el estado jurídico de los inmuebles.

- Queda indeterminado respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad.

- Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales.

Tras reconocer las deficiencias intrínsecas del sistema declarativo y, por ende, su inferioridad respecto del sistema constitutivo, un sector mayoritario de la doctrina peruana considera imprescindible que se abandone de inmediato el sistema espiritualista francés.

No se puede negar que el registro constitutivo tiene la virtud de evitar los efectos perniciosos que acabamos de mencionar, con lo que confiere mayor certeza para el titular del derecho como para los terceros. Sin perjuicio de aceptar esta

ineludible verdad, consideramos que la propuesta de que el registro sea constitutivo no puede ni debe ser asumida en el corto plazo.

Para Hernando de Soto, la propiedad formal es más que un sistema de titulación, registro y mapeo de las propiedades; es también un instrumento del pensamiento representando las propiedades de una manera tal que permite a la mente humana trabajar en ellas para generar mayor valor. Es por esto que la propiedad formal debe ser universalmente asequible, a fin de llevar a todos hacia un contrato social donde puedan contribuir a incrementar la productividad de la sociedad.

Tiene por finalidad crear un sistema de propiedad formal que convierta a la masa de propietarios anónima y dispersa en un sistema interconectado de interlocutores comerciales individualmente identificables y responsables, capaces de crear capital.

Vale señalar que como es de conocimiento público, desde hace unos cuantos años, se ha venido esbozando una propuesta de modificación legislativa en lo que respecta a los criterios de clasificación de los bienes y de la transferencia de la propiedad.

Dicha propuesta constituye, una idea importada de los sistemas jurídicos germanos en los cuales el Registro es constitutivo de propiedad y no declarativo, como si lo es en los sistemas que, como el nuestro, siguen el modelo francés.

A esto hay que agregar que, como señalaremos, en nuestro medio la discusión se remonta al siglo XX, como lo demuestran las palabras de los miembros de la comisión reformadora del código civil de 1852.

En la sesión de esta comisión del miércoles 19 de agosto de 1925, Alfredo Solf y Muro presento un memorándum por el que resaltaba las ventajas del sistema de registro de la propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuales eran sus planteamientos, diciendo lo siguiente:

“Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en la dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación de los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y de 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 reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, desde considerarse como forma de la tradición exigida desde el Derecho Romano, a la manera que lo hace el Código chileno o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, este es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea”.

En esa misma sesión, Pedro M. Oliveira respaldo el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de inscripción y afirmo que era posible hacerlo. Sustentando esta necesidad, Oliveira señalaba que:

“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. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con la exigencia de una Sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza”.

Solf señala que el principio de la inscripción en el registro como indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias, que lo conducían a proponer la Comisión rechazar las formulas alemana y suiza, a pesar de considerar superior a la primera sobre la segunda, y optar por la brasileña, “que omite toda declaración ante el Registro y solo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicara a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos”.

Propuso, además, que se expresara que la inscripción se verificaría en vista del título en que consta la causa jurídica del acto, y en su caso la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

Manuel Augusto Olaechea, también en la década de 1920- y en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852-, se había referido a esta forma híbrida de transmitir la propiedad de los bienes y de clasificarlos- implícitamente- en registrados y no registrados.

3.3.1.- ANALISIS DEL PRINCIPIO CONSENSUALÍSTICO:

La teoría del título y el modo nace como una interpretación de los textos romanos referidos a la tradición causal como instante decisivo de la transferencia de propiedad de las cosas. Es cierto que con el transcurso de los siglos cambió la función asignada a la tradición, de tal suerte que de la idea de una tradición como "*realidad sobre la cosa*", se pasó a la idea de una tradición como "*mecanismo publicitario*". Sin embargo, ya en el Derecho romano es evidente que la tradición se fue espiritualizando, de tal forma que terminó por admitirse una amplia cantidad de mecanismos ficticios de entrega, sin traspaso posesorio. En estos supuestos, la transferencia de la propiedad podía acontecer con el mero consentimiento manifestado en el título de adquisición, y al cual se le añadía una estipulación de "*traditio ficta*" (Gonzales Barrón, Gunther: 2003, pág. 589).

En el Derecho intermedio fueron usuales las cláusulas de este tipo, lo cual determinaba que el principio romanista de la tradición tuviese el valor meramente nominal, ya que en realidad era la voluntad de las partes la que determinaba el tránsito de la propiedad a favor del adquirente. Por ejemplo, a partir del siglo XI, en el Derecho franco se consideraba suficiente la sola tradición para constituir al nuevo propietario, sin embargo, eran usuales las cláusulas de "*desaísine saisine*"

incorporados en los documentos o cartas de venta, con lo cual se entendía efectuada la tradición por el solo pacto documental. Esta situación se mantuvo en Francia hasta antes de la Revolución de 1789, pues con excepción de las regiones donde imperaba la "*nantissement*", bastaba el contrato de venta y la cláusula antes citada para entender transferida la propiedad sin necesidad de formalidad exterior alguna (Gonzales Barrón, Gunther: 2009, pág. 590).

En el Derecho español también se reconoció ampliamente la posibilidad de la "*traditio ficta*", y el famoso autor del siglo XVIII, ANTONIO GÓMEZ, dio cuenta de hasta nueve mecanismos ficticios de entrega de una cosa.

A esta situación también influyó la idea canónica de espiritualización de los conceptos, eliminando las soluciones demasiado rígidas o formalistas que contravenían el principio de buena fe.

Para los glosadores, la tradición era un acto que necesitaba de una forma solemne. En cambio la doctrina canónica aceptó la sustitución de la verdadera tradición por una "*traditio ficta*", criterio que incluso mantuvo la Rota romana. El Derecho canónico acercó el concepto de "*traditio*" a la idea del contrato consensual, por lo que era suficiente examinar la voluntad de las partes distanciándose de las formalidades. Ello tuvo incidencia en la doctrina de los Comentaristas, quienes igualaron la tradición ficta con la tradición verdadera.

Esta concepción influyó en la Escuela Moderna del Derecho Natural, en donde el negocio jurídico y el contrato se convierten en los instrumentos jurídicos del individuo, en tanto, la simple declaración de voluntad transmite la propiedad. Su primer representante fue HUGO GROCIUS, el cual expresamente consideró que la

tradición no era necesaria en muchos supuestos reconocidos desde el derecho antiguo (*en la sucesión hereditaria, en el constitutum possessorium*) y por lo tanto, el requisito de la tradición no era de Derecho natural. Este autor holandés (1585 - 1645) expuso que el fundamento de la adquisición derivativa de la propiedad debía ser el contrato, algo que ya en la práctica ocurría por virtud de los mecanismos de tradición ficta, pero que nadie había manifestado con esa claridad. Seguidamente, SAMUEL PUFENDORF (1632 - 1694) desarrolló, también, una sistematización de la ciencia jurídica a través del Derecho natural. Para el punto que nos ocupa, este autor acogió el principio consensual de GROCIO, según el cual es indispensable y suficiente el acuerdo de voluntades para transmitir la propiedad, con lo que el contrato se incorpora como una de las causas de adquisición del dominio.

Nuevamente se determina y configura al "*contrato*" de acuerdo a su natural función social de intercambio de bienes a través de un convenio recíproco de cambio. Luego siguieron CHRISTIAN TOMASIO y CHRISTIAN WOLFF, con lo cual se consolidó el ambiente jusnaturalista de la época, y dio paso a las primeras codificaciones signadas por la doctrina del Derecho natural: Baviera, Prusia, Austria y Francia. En tal sentido, pues, el principio consensualístico es adoptado, en su origen, por ver en él un triunfo de la voluntad, esto es, de la libertad del ser humano, y como un mecanismo simplificado y práctico.

Modernamente, empero, se viene desarrollando una corriente favorable (*minoritaria*) hacia el principio consensualístico, aunque sus fundamentos sean distintos a los antes señalados. Se dice que este principio expresa un mayor favor a la circulación de la riqueza y a la utilización de los recursos, combinando de esa

manera los postulados del jusnaturalismo con los propios del liberalismo económico. En los sistemas que adoptan la teoría del título y el modo se protege fundamentalmente al propietario, pues éste no pierde el derecho sobre la cosa hasta el momento ulterior en que se produce la tradición, y si tenemos en cuenta que normalmente la tradición viene unida con el pago de precio, se advertirá que el sistema del *"título y el modo"* termina subordinando el efecto traslativo con la desposesión, y ello generalmente ocurre con el pago de la contraprestación. Por el contrario, el principio consensualista opera como elemento activador de la circulación de la riqueza, beneficiando directamente al comprador, quien se convierte en propietario de la cosa antes que se produzca la entrega o el pago del precio.

Cabe señalar que el comprador puede carecer de dinero para pagar el precio, pero puede procurárselo con la reventa de la cosa (*y si es a un precio superior, se asegura una ganancia*); y téngase en cuenta también que el comprador de un bien inmueble, desde el mismo consentimiento ya se convierte en propietario y por ende, puede procurarse el dinero a través del sistema bancario mediante la concesión de una hipoteca. Esta operación sería imposible si la traslación de dominio se dilata hasta la entrega; En Italia, se comienza a hablar del principio de *"máxima circulación de la riqueza"*, por cuanto es sabido que el ordenamiento jurídico alienta esta situación.

Entre el conjunto de reglas que tienen como objetivo facilitar la circulación de la riqueza pueden citarse aquéllas que prevén la conservación de los efectos del contrato, la tutela del tercero de buena fe, el disfavor hacia los vínculos perpetuos,

los supuestos de adquisición a "*non domino*", así como el simple consentimiento para entender transferida la propiedad. Lo que se pretende es facilitar la libre y segura circulación de los bienes como mecanismo creador de riqueza.

Dadas las divergencias entre los diversos autores nacionales sobre el esquema jurídico de la transferencia de la propiedad conforme al artículo 949 del Código Civil, dicha controversia tiene también divergencias prácticas (MURO ROJO Manuel: 2011, pág. 230)

3.3.2.- DIFICULTADES DEL PRINCIPIO CONSENSUALÍSTICO.-

Entre las ventajas que se cuentan la facilitación de los intercambios, la más rápida circulación de la riqueza y la protección al comprador; es también necesario señalar que todos los autores (*incluso los que sostienen una posición favorable de ella*) reconocen las limitaciones generadas por un sistema consensual a ultranza. Así el consensualismo descarta la utilización de instrumentos publicitarios para dar a conocer las transferencias, y asimismo para dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles.

Obviamente en esta situación, el potencial adquirente se encuentra en graves dificultades para determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas que le afectan. En un apretado resumen, podemos señalar que las desventajas del principio consensualístico son las siguientes:

a).- No se puede determinar quién es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. 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. 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).- Asimismo, 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.

c).- Aun cuando 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).- Sin embargo, 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.

3.4.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Con la finalidad de corroborar la probanza de nuestra hipótesis hacemos un análisis de casaciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre el tema materia de investigación, tales como:

I.- “...En nuestro sistema la inscripción registral no es constitutiva del derecho de propiedad sino meramente declarativo del mismo, pues la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición diferente o pacto en contrario. Tal precepto, contenido en el artículos novecientos cuarenta y nueve del Código Civil, determina que la transmisión de la propiedad se genera con la sola coincidencia de voluntades, sin requerir más forma probatoria que la consensualidad de las partes, independientemente de la calidad del documento que lo contiene; [...] en consecuencia, no es la inscripción registral sino el acuerdo de las partes en que genera la obligación de transferir la propiedad...” (Casación 3430-2006-Ica. El Peruano, 03 de enero del 2008, págs.. 21356-21357)

Análisis de esta casación:

Haciendo un análisis de esta casación es necesario anotar lo siguiente: Que, la inscripción registral la que genera la obligación de transferir la propiedad sino únicamente el acuerdo de partes; sin embargo cuando en la realidad, dos o más personas se disputan la propiedad de un bien inmueble, el juzgador le da el mejor derecho al que haya inscrito la transferencia, aun así haya adquirido la propiedad después del que lo hizo mediante una escritura pública sin inscribir la transferencia en Registros Públicos.

II.- “... La pretensión de Mejor Derecho de Propiedad plantea un escenario en donde, tanto la parte actora como la parte demandada ostentan título de propiedad, respecto de determinado bien, pretendiendo el demandante, del órgano jurisdiccional, que su título sea declarado preferente al del demandado en virtud a su inscripción...” (Casación 450-2004-Lambayeque. El Peruano, 30 de setiembre del 2005, págs. 14707-14708)

Análisis de esta casación:

Esta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque los órganos jurisdiccionales no obstante que la inscripción registral es facultativa, al resolver un mejor derecho de propiedad de un bien inmueble se inclinan a favor de quien ha inscrito su derecho de propiedad; en consecuencia no basta el simple consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil

III.- “Si bien el registro no es constitutivo para efectos de establecer el derecho de propiedad de un inmueble, es decir, el derecho se constituye fuera de registro; sin embargo para que un derecho de propiedad inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, requiere de su inscripción. Por lo que si el inmueble fue adquirido por el tercerista en fecha anterior al embargo, también lo es que para efecto del tráfico inmobiliario, quien aparecía registralmente como propietario era solo la emplazada y en base a tal información actuó la entidad demandada cuya presunción de buena fe no ha sido destruida (Casación 527-2003-Lima. El Peruano, 03 de enero del 2005).

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque para que un derecho de propiedad inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, requiere de su inscripción. No bastando en consecuencia el simple consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil

IV.- “El derecho de propiedad alude a una relación directa e inmediata que el titular guarda con el bien, derivándose la oponibilidad erga omnes de su derecho, de ahí que la doctrina clásica le atribuía un significado absoluto, y que actualmente, su ejercicio sólo puede restringirse, por las normas establecidas en la ley y en la Constitución Política del Estado; en efecto, el derecho de propiedad es definido como un derecho completo justamente porque encierra en sí todas las facultades que es posible tener sobre una cosa y, en ese sentido, cualquier otro derecho distinto del de propiedad que pueda caber contra ella es una parcelación de aquel” (Casación 2409-98-Callao. El Peruano, 26 de octubre de 1999, pág. 3813)

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque para que un derecho de propiedad inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, requiere de su inscripción. No bastando en consecuencia el simple consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil.

V “La inscripción en Registros Públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada” (Casación 3018-2000-Lima. El Peruano, 02 de julio del 2001, pág. 7345)

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque si bien es verdad no se exige la inscripción para que la transferencia quede perfeccionada; también es verdad que es el registro el que brinda seguridad jurídica frente a quien no inscribe su derecho de propiedad

VI.- El artículo 949 del Código Civil recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente, con arreglo a la norma invocada, el sólo intercambio de voluntades, 'solo consensus', perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria; en tal sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles.

El sistema de transferencia de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo la inscripción de un inmueble en el Registro Público" (Casación 1617-99-Lima. El Peruano, 01 de setiembre del 2000, pág. 6192).

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque si bien es verdad la norma sustantiva ha descartado el elemento constitutivo de la inscripción registral, es decir que no se exige la inscripción para que la transferencia quede perfeccionada; también es verdad que es el registro el que brinda seguridad jurídica frente a quien no inscribe su derecho de propiedad.

VII.- “En nuestro sistema legal la propiedad se transmite por el sólo consenso tal como lo dispone el artículo 949 del Código Civil, por lo que la inscripción del mismo no es requisito constitutivo” (Casación 2163-99-Huancavelica. El Peruano, 24 de agosto del 2000, pág. 6076)

Análisis de esta casación:

Esta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque si bien es verdad la norma sustantiva ha descartado el elemento constitutivo de la inscripción registral, es decir que no se exige la inscripción para que la transferencia quede perfeccionada; también es verdad que es el registro el que brinda seguridad jurídica frente a quien no inscribe su derecho de propiedad, no siendo suficiente el solo consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil.

VIII.- “...En virtud del principio de buena fe registral regulado por el artículo 2014 del Código Civil, quedará protegido el derecho del tercer adquirente que confíe en el contenido del registro, no siéndole oponible cualquier prueba o declaración en contrario que no se encuentre sustentada en la información registral de lo cual se desprende que, aunque el acto del cual emane su derecho sea declarado nulo, el tercero mantendrá su adquisición, en compensación a su buena fe; por ende, para que el referido tercer adquirente de un derecho mantenga válidamente su adquisición, es necesario que haya actuado con la aludida buena fe registral, es decir, que el referido derecho le haya sido transferido por quien según los registros, sea la persona facultada para hacerlo, aunque dicha información sea inexacta o provenga de un acto jurídico nulo o anulable, y siempre que el tercer adquirente no conozca de la inexactitud de la información registral. En tal sentido, el derecho del

tercer adquirente no devendrá en nulo aunque se declare nulo el acto jurídico del cual provenga...” (Casación 4309-2007-Cusco. El Peruano, 30 de mayo del 2008, págs. 22201-22202)

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque en ella se señala que es el registro el que brinda seguridad jurídica frente a quien no inscribe su derecho de propiedad, no siendo suficiente el solo consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil.

IX.- “...El fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro, para ello, el Código Civil en su artículo dos mil doce (principio de publicidad) reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, al señalar que se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones...” (Casación 02-2007- Lima. El Peruano, 02 de diciembre del 2008, págs. 23508-23509)

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque en ella se señala que es el registro el que brinda seguridad jurídica frente a quien no inscribe su derecho de propiedad, no siendo suficiente el solo consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil.

X.- “... Aquel principio [de impenetrabilidad registral] tiene efecto respecto de títulos que son incompatibles con otros ya inscritos y que no permiten su inscripción sin importar las fechas en que estos títulos fueron producidos; que, de este modo se produce el cierre registral. Un título que pretende inscribirse, si es incompatible con otro ya inscrito simplemente no podrá inscribirse; [...] el mencionado cierre registral; puede expresarse de distintos modos. Por un lado, si el título está inscrito, el cierre es definitivo, es decir, se rechaza la inscripción del título incompatible. Por otro lado, si el título simplemente se ha presentado al registro, el cierre registral, para el título incompatible, es condicional, en el sentido de que está supeditado a la inscripción del primer título; si el primer título no se inscribe, no se producirá el cierre registral para el segundo y éste podrá lograr acceso al registro...” (Casación 1010-2000-Huaura. El Peruano, 30 de abril del 2001, págs. 7154-7155)

Análisis de esta casación:

Ésta casación corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque en ella se señala que es el registro el que brinda seguridad jurídica, en consecuencia quien no inscribe su derecho de propiedad, se encuentra en desventaja de quien si lo inscribe; no siendo suficiente el solo consentimiento que señala el artículo 949 del Código Civil.

3.5.- ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Con la finalidad de poder corroborar la probanza de nuestra hipótesis y en consecuencia nuestra propuesta legislativa se absuelven las siguientes interrogantes:

1.- ¿Basta el simple consentimiento o acuerdo contractual conforme al artículo 949 del Código Civil para lograr la transferencia de un bien inmueble?;

El simple consentimiento o acuerdo contractual para lograr la transferencia de la propiedad NO es suficiente para lograr la transferencia, en virtud de que ello no logrará otorgar la seguridad jurídica que se necesita. Por lo que la seguridad jurídica logrará siempre que haya un cambio de sistema y por ende que todos los bienes deberán ser inscritos para así proteger no sólo al titular del derecho sino también a los terceros que intervienen en el tráfico inmobiliario.

2.- ¿Existe seguridad jurídica con el simple consentimiento?

Con el simple consentimiento o acuerdo contractual no existe seguridad jurídica, por lo que se hace necesario el cambio de sistema registral

3.- ¿Basta la sola aplicación del artículo 1352° del Código Civil en la transferencia de propiedad inmueble o es necesaria la aplicación del artículo 949° del mismo código?

Basta la sola aplicación del artículo 1352 del Código Civil porque que el comprador, pasa a ser propietario del bien al mismo tiempo que el acreedor, no siendo necesario la aplicación del artículo 949, el cual resulta ser innecesario.

4.- ¿Desde el punto de vista económico es ventajosa la inscripción registral de la transferencia de la propiedad?.

Si es ventajosa la inscripción registral del derecho de propiedad en un registro público, el medio a través del cual el derecho trasciende en su condición de tal y se

convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y dicho sea de paso permita el desarrollo económico de las sociedades, si es ventajosa.

5.- ¿ Es importante en el Perú la implantación de un nuevo sistema registral ?.

Si es de suma importancia la implantación de un nuevo sistema registral en el Perú, pues en la actualidad los sujetos de derecho acuden a registros con el fin de ver protegidos sus derechos y oponerse a terceros a través del principio registral de publicidad. Otorgándoles de esta manera confianza en las transacciones que realicen con la inscripción, así mismo va a servir como medio de prueba para acreditar sus derechos, cuando se discute ante los órganos jurisdiccionales el mejor de derecho de propiedad.

3.6.- ANALISIS EN EL DERECHO COMPARADO

Con la finalidad de corroborar aún más la probanza de nuestra hipótesis se toma en cuenta, el tratamiento recibido diversos en las diferentes legislaciones, tales como:

3.6.1.- En el derecho germano:

En el derecho germano los inmuebles son adquiridos a través del consentimiento y la inscripción en los registros inmobiliarios territoriales. De este modo apartado del principio romano de la tradición, exige que para la transmisión de la propiedad inmueble y para la constitución, transmisión y gravamen de derechos inmobiliarios limitados: el acuerdo del concedente del adquirente respecto de la modificación de

jurídica, y la inscripción de tal modificación en el registro. Siguiendo de esta postura los códigos de Brasil, Chile e Italia.

3.6.2.- En Argentina:

En Argentina, la transmisión de propiedad inmueble, se entiende perfeccionada mediante la inscripción de los títulos en el registro inmobiliario de la jurisdicción correspondiente.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el Perú se ha adoptado el sistema consensualista, es decir que la inscripción registral es meramente declarativa, no existiendo en consecuencia un Registro constitutivo de derechos, en la transferencia de propiedad.

SEGUNDA: En el Perú la propiedad inmobiliaria se adquiere y se transmite por el solo intercambio de voluntades de las partes, por así disponerlo en forma expresa el artículo 949 del Código Civil.

TERCERA: En el Perú se descarta la utilización de instrumentos publicitarios para dar a conocer las transferencias, y el estado jurídico de los inmuebles, a quienes desean adquirirlos, y ello es debido a que se ha adoptado el sistema consensual.

CUARTA: Facilita el intercambio y la circulación de la riqueza y en consecuencia el máximo grado de seguridad jurídica en la adquisición de bienes inmuebles al menor costo, el establecimiento de un sistema constitutivo de derechos, como un sistema de propiedad perfecto

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda se modifique el artículo 949 del Código Civil, con la finalidad que la transferencia de la propiedad inmobiliaria se perfeccione con la inscripción registral; cambiándose dicha norma en el sentido que la sola obligación de enajenar un bien inmueble no hace al acreedor propietario

SEGUNDA: Se recomienda que las Facultades de Derecho de las Universidades del país realicen eventos académicos, tales como conferencias, forums, seminarios, etc., proyectándose a la comunidad, con la finalidad de hacer conocer la importancia y beneficios que se obtienen con la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de Propiedad Inmueble.

BIBLIOGRAFIA

ARIAS SCHEREIBER PEZET Y CARDENAS QUIROZ. Exégesis del Código Civil. Editorial Studium.

AVENDAÑO ARANA, Francisco (2011) en Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, tercera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A. pág. 30

CABANELLAS DE TORRES Guillermo (2002), Diccionario Jurídico Elemental, Décimo tercera Edición, Argentina, Editorial Heliasta.

CASTILLO FREYRE, Mario (2007) La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica. LIMA: Editorial PALESTRA, 2007, pág.120.

CASTILLO FREYRE, Mario (2000). Tratado de la Compra Venta. LIMA: Fondo Editorial, pág.566.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO (2011) Tomo V; comentan 209 especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil. Tercera edición. Lima, Gaceta Jurídica.

DE LA PUENTE Y LAVALLE (1999) *Estudio sobre el contrato de Compra Venta.* LIMA: Ed. Gaceta Jurídica.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA (2006). Madrid. Editorial Espasa Galpe S-A.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2007) Everest Cúpula. España.
Editorial Everest,

GONZALES BARRÓN, Günther (2003) Curso de Derechos Reales. LIMA: Jurista Editores.

GONZALES BARRÓN, Günther y Otros (2009). El derecho Civil Patrimonial y la Constitución. LIMA: Gaceta Jurídica.

GONZALES BARRON, Günther (2013) Los Derechos Reales y su inscripción registral, Lima, Gaceta Jurídica S.A.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1997) Jurisprudencia Actual, Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1999) Jurisprudencia Actual, Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica Editores.

LEÓN BARANDIARAN José (1992), Tratado de Derecho Civil, tomo III, Volumen I, Lima, WG. Editor.

MESINAS MONTERO, Federico y MURO ROJO Manuel. (2011) en Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, tercera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., pág. 277

OMAR A SAR (2006) Constitución Política del Perú, con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional; tercera edición, Lima, Editorial Nomos & thesis.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio Ma. (2004) Tratado de los Derechos Reales. Propiedad-Copropiedad. Lima. Editorial Rodhas.

TORRES MÉNDEZ, Miguel (1992), Estudio sobre el Contrato de Compraventa. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

TORRES MÉNDEZ, Miguel (1993), Estudio sobre el Contrato de Compraventa. Lima, Ed. Grijley

APÉNDICES

APÉNDICE 1-A

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO CIVIL

LEY NÚMERO.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente

LEY QUE ESTABLECE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO PRIMERO: Modificase el artículo 949 del Código Civil el cual quedara redactado en los términos siguientes

ARTÍCULO 949

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado no hace al acreedor propietario de él.

Si el bien inmueble se encuentra inscrito en Registros Públicos la propiedad se adquiere con la inscripción registral

Si el bien inmueble no se encuentra inscrito en Registros Públicos la propiedad se adquiere con la escritura pública de compraventa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Lo dispuesto en la presente ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial, El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente la República para su promulgación.

Dado en Lima a los.....días del mes de..... del .año..

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO

Mando se publique y cumpla

Dado en la Casa de Gobierno , en Lima a losdías del mes de.....del año.....

APÉNDICE 1-B

La reversión otorgada judicialmente, afecta los derechos de los contendientes en el proceso de expropiación, pero no del comprador de buena fe, quien por mandato de la ley mantiene su adquisición una vez inscrito, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el registro.

Quien, tiene a su favor una inscripción de dominio, se protege con la publicidad de su derecho mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

Exp. N° 1002-98

Sala N° 3

Lima, diecinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el señor Álvarez Guillen;

CONSIDERANDO: Primero.- Que, además del punto controvertido que supone la pretensión sobre cobro de frutos respecto al inmueble ocupado por los demandados, lo es también el derecho de propiedad que pueda asistirlos, en la medida que sin hechos indiscutibles que: adquirieron el terreno de ENACE por escritura pública de quince de diciembre de mil novecientos ochentidós (documentos de fojas cuarentitrés a cincuenta), bajo la protección legal del artículo dos mil catorce del Código Civil; que se expidió la ejecutoria suprema de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y uno que dispuso la reversión de un terreno de mayor extensión en el proceso que sobre expropiación la demandante siguió contra el Estado; y, que se da a nivel registral una circunstancia sui generis de aparecer

en la ficha trescientos noventitrés mil setecientos treinticinco, como último asiento, un mandato declarativo de dominio sin operar la transmisión del último sujeto con derecho inscrito y sin preexistir sentencia judicial que invalide la primera venta;

Segundo.- Que, resulta evidente que la reversión otorgada judicialmente no puede sino afectar los derechos de los contendientes en el proceso de expropiación, vale decir la demandante y el Estado o ENACE como empresa gubernamental, pero no el del comprador de buena fe, quien por mandato de ley mantiene su adquisición una vez inscrito aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el registro y quien, al tener a su favor una inscripción de dominio, se protege con la publicidad de su derecho mientras no se rectifique o se declara judicialmente su invalidez, conforme los principios previstos en los artículos dos mil catorce y dos mil trece del Código Civil, respectivamente;

Tercero.- Que, siendo así, no puede otorgársele a los demandados el status de meros poseedores del inmueble sino de publicitados propietarios con los derechos que la ley les otorga, salvo resolución que dilucide un conflicto de propiedad que se percibe claramente de los alegatos de las partes, menos aún la actora tiene aptitud para pedir frutos de un bien cuya propiedad debe ser evaluada y decidida; por lo que **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento noventinueve a doscientos cinco, que declara Fundada en parte la demanda de fojas diez y en consecuencia, ordena que en ejecución de sentencia, don Humberto Medardo Pasache y doña Risa Deli Carassas Narzal paguen la suma de nueve mil novecientos dólares americanos por frutos civiles percibidos, en favor de la actora, **REFORMÁNDOLA**, declararon Improcedente la demanda; la CONFIRMARON, en lo demás que contiene y es materia del grado; y los devolvieron; en los seguidos por Urbanización Santa Marina

Sociedad Anónima con Rosa Deli Carassas Narzal y otro sobre obligación de car
suma de dinero.

SS. QUIROZ AMAYO/ ALVAREZ GUILLEN/ VALCARCEL SALDAÑPA.

(LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1999) Jurisprudencia Actual, Tomo 2. Lima,
Gaceta Jurídica Editores, págs. 277-278)

APÉNDICE 1-C

El documento privado posterior a la constitución de hipoteca y sin fecha cierta, no puede acreditar la tercería excluyente de propiedad.

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 que se opone. La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos.

Exp. N° 3245-97

Sala N° 3

Resolución N° 4

Lima, veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho

VISTOS; Interviniendo como vocal ponente el señor Braithwaire Gonzáles; con el expediente principal que se tiene a la vista; por sus fundamentos; y

CONSIDERANDO: además: **Primero.-** Que, conforme a la previsión contenida en el artículo dos mil veintidós del Código Civil, 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 aquel que se opone; **Segundo.-** Que, en el caso de autos, el derecho que opone el demandante está constituido por la copia certificada de la minuta que corre de fojas catorce a dieciocho, su fecha diez de enero de mil novecientos noventa y ocho, referida a la compraventa del bien sub Litis; **Tercero.-** Que, en tanto el derecho al que se opone es la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca de fecha veintinueve de

noviembre de mil novecientos noventiuno, la misma que corre inserta en el asiento uno C de la ficha número doscientos sesentinueve mil cuatrocientos diecisiete, con fecha doce de diciembre de mil novecientos noventiuno; **Cuarto.-** Que, siendo así la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos, lo que persuade al juzgador de que el demandante no ha acreditado las preces de su acción si se tiene en cuenta que la precitada minuta que anexa a la demanda es un documento privado que no tiene fecha cierta y es de fecha posterior a la indicada Escritura Pública de Constitución de Hipoteca; **Quinto.-** Que, el hecho de la interposición de la demanda de Otorgamiento de Escritura Pública a que se refieren las copias de fojas cincuentiséis a cincuentinueve, ni el admisorio de la instancia en dicho proceso conforme a la copia simple de fojas cincuenticinco y la copia simple del acta de audiencia de saneamiento y conciliación de fojas ciento cuatro, no enervan la validez de los considerandos precedentes; **Sexto.-** Que, los argumentos esgrimidos en los recursos de apelación formulados por el demandante y la codemandada Compañía Inmobiliaria Constructora y Administradora Santa Lucía Sociedad Anónima deben considerarse como simples medios de defensa que no modifican los considerandos de la recurrida; **CONFIRMARON:** la sentencia apelada de fojas ciento veintiocho a ciento treintidós, su fecha veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete, que declara improcedente la tacha planteada por el Banco demandado, e infundada la demanda interpuesta por José Baltazar Vidaurre Peche contra el Banco República y Compañía Inmobiliaria Constructora y Administradora Santa Lucía Sociedad Anónima sobre Tercería Excluyente de Propiedad, con costas y costos; con lo demás que contiene y los devolvieron.

SS. QUIROS AMAYO/ ALVAREZ GUILLEN/ BRAITHWAITE GONZALES.

APÉNDICE 1-D

La acción reivindicatoria es aquella que permite al propietario no poseedor hacer efectivo su derecho contra el poseedor no propietario, ya sea recuperando lo propio luego de un despojo o indebida posesión, o solo reconociendo su derecho y calidad de dueño.

No obstante que los demandados tienen un título respecto del bien, sin embargo, el derecho a favor de los accionantes resulta preferente, por encontrarse inscrito en los Registros Públicos.

Exp. N° 1003-97

Sala N° 4

Lima, tres de julio de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS; Interviniendo como Vocal Ponente la doctora Aranda Rodríguez; por sus fundamentos; y **CONSIDERANDO** además; **Primero.-** Que, la acción reivindicatoria es aquella que permite al propietario, no poseedor hacer efectivo su derecho contra el poseedor no propietario, ya sea recuperando lo propio luego de un despojo o indebida posesión o tenencia, o cuando corresponda solo reconociendo su derecho y calidad de dueño; **Segundo.-** Que en el caso de autos ha quedado demostrado que los demandantes Fermín Pedro Capistrano Medina y doña Bernarda Herlinda Medina de Capistrano han adquirido el inmueble sub-materia mediante contrato de Compra-Venta elevado a escritura Pública con fecha seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco según se aprecia del testimonio correspondiente de fojas tres a cinco, encontrándose inscrito el derecho de propiedad en el código P02007023 del Registro Predial de Lima; **Tercero.-** Que no

obstante que los demandados también tienen un título respecto del bien, según se aprecia del documento de fojas treintiuno, referente a la Compra- Venta celebrada con la anterior propietaria doña Rosalía Auris Marca, sin embargo el derecho a favor de los demandantes resulta preferente por encontrarse inscrito, según la norma contenida en el artículo mil ciento treinticinco del Código Civil; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento cinco a ciento seis su fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada la demanda de fojas nueve a once y su subsanación de fojas quince entendiéndose que el dominio sobre el inmueble ubicado en el lote diez de la Manzana (UCV) 77 del Asentamiento Humano “Huaycan” distrito de Ate-Vitarte, Lima, materia de la demanda corresponde a los demandantes, el mismo que debe ser restituido a éstos; con lo demás que contiene; Hágase saber y devuélvase al Juzgado de origen.

SS.

ARANDA RODRÍGUEZ

DÍAZ VALLEJOS

MARTEL CHANG.

(LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1997) Jurisprudencia Actual, Tomo i. Lima, Gaceta Jurídica Editores, pág. 179)