



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**TESIS:**

**“La aplicación de la Fe pública registral y el Derecho de propiedad en el  
Sistema consensual de transferencia de Inmuebles”**

**PRESENTADO POR:**

**Bach. Gil Calderón, Astrid Del Milagro**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**ASESOR:**

**Mag. Yzquierdo Hernández , Leopoldo**

**LAMBAYEQUE, 2020**

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
UNIDAD DE INVESTIGACION



**ACTA N° 242**

Sustentación para optar el Título de Abogada de doña: **Astrid del Milagro Gil Calderón**.  
En la ciudad de Chiclayo, en Auditorio "José Antonio Silva Vallejo" del Consultorio Jurídico Gratuito de Chiclayo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo"; siendo las 11:00 a.m. del día viernes 20 de diciembre del 2019, se reunió el Jurado conformado por los Señores Catedráticos:

**PRESIDENTE** : Dr. **RAFAEL HERNANDEZ CANELO**.  
**SECRETARIO** : Abog. **JESUS ALICIA FERNANDEZ PALOMINO**.  
**VOCAL** : Abog. **MARY ISABEL COLINA MORENO**

Con el objeto de calificar la sustentación de la Bachiller **Astrid del Milagro Gil Calderón**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo mediante la Modalidad de Presentación, Sustentación y Aprobación de Tesis.

El señor Presidente invita a la sustentante para que exponga la Tesis titulada: "**LA APLICACIÓN DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA CONSENSUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES**".

Rendido por la bachiller: **Astrid del Milagro Gil Calderón**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", autorizada con Resolución N° 214-2019-UI-FDCP-UNPRG, de fecha 29 de noviembre del 2019, en cumplimiento al requisito para optar el Título Profesional de ABOGADA, exigido en el Reglamento del Vicerrectorado de Investigación y de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Obteniendo el siguiente resultado: APROBADA con la nota de 17.5/27 y el calificativo de BUENO y apta para obtener el Título Profesional debiendo cumplir con las exigencias de las normas legales vigentes.

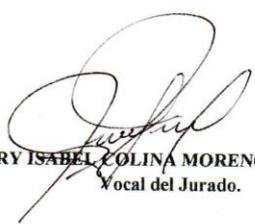
Siendo las 12:15 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado la presente acta.

Se expide la presente a solicitud de la interesada, para los fines que estime pertinente.

Chiclayo, viernes 20 de diciembre del 2019

  
Dr. **RAFAEL HERNANDEZ CANELO**  
Presidente del Jurado

  
Abog. **JESUS ALICIA FERNANDEZ PALOMINO**  
Secretario del Jurado

  
Abog. **MARY ISABEL COLINA MORENO**  
Vocal del Jurado.

## **DEDICATORIA**

*El presente trabajo está  
dedicado a Dios y a mi madre*

## **AGRADECIMIENTO**

*Debo mostrar mi agradecimiento a las personas que hicieron posible con su apoyo la culminación del presente trabajo, al Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández le expreso mi sincera gratitud, por haberme brindado una herramienta que contribuirá en la culminación de mi carrera.*

## INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
INDICE .....	iv
INDICE DE TABLAS .....	x
INDICE DE GRÁFICOS .....	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCION .....	14
CAPITULO I.....	17
ASPECTOS METODOLÓGICOS. ....	17
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA. ....	17
1.1.1. Planteamiento del problema. ....	17
1.1.2. Formulación del problema. ....	22
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO. ....	22
1.2.1. Justificación del estudio. ....	22
1.2.2. Importancia del estudio. ....	23
1.3. OBJETIVOS.....	24
1.3.1. Objetivo General. ....	24
1.3.2. Objetivos Específicos. ....	24
1.4. HIPÓTESIS. ....	25
1.5. VARIABLES. ....	25
1.5.1. Variable independiente.....	25

1.5.2. Variable dependiente.....	25
1.6. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos. ....	25
1.6.1. Métodos.....	25
1.6.2. Técnicas.....	26
1.6.3. Instrumentos .....	27
CAPITULO II .....	29
LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. .....	29
2.1. DEFINICION DE SISTEMA DE PROPIEDAD.....	29
2.2. EVOLUCION DE SISTEMA DE PROPIEDAD .....	32
2.2.1. Régimen liberal como base de la protección de la propiedad privada .....	36
2.3. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD ...	40
2.4. SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD.....	43
2.4.1. Definición de Transferencia .....	43
2.5. EL ORIGEN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD .....	45
2.5.1. Modos de adquisición de la propiedad como antecedentes históricos .....	45
2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DEL DOMINIO INMOBILIARIO .....	51
2.6.1. Sistema de Unidad de Contrato .....	52
2.6.1.1. El Sistema Transmisivo de causa única.....	52
2.6.1.2. Sistema Transmisivo de doble causa .....	62
2.6.2. Sistema de Separación de Contrato .....	67
2.6.2.1. Sistema Trasmisivo de causa abstracta.....	69

2.7.	LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: ASPECTOS NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.....	72
2.7.1.	La transferencia en el Código Civil Peruano.....	72
2.7.1.1.	Problemática del Sistema Consensual .....	74
2.7.1.2.	Critica a la implantación de un sistema Constitutivo Registral Convalidante	76
2.7.1.3.	Aspectos legislativos de la transferencia de la propiedad inmueble en relación con las normas civiles que se concatenan .....	78
2.7.2.	Sistema de Transmisión de la propiedad inmueble en el ordenamiento jurídico Peruano: Posiciones doctrinales .....	86
2.7.3.	La transferencia de la propiedad inmueble en la Jurisprudencia.....	93
	CAPITULO III .....	98
	LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	98
3.1.	Definición de propiedad .....	100
3.2.	Critica a la idea del carácter relativo de la propiedad por Gunter Hernán Gonzales Barrón en relación con la inscripción en el registro declarativo .....	105
3.3.	La Propiedad en el Código Civil .....	112
3.4.	Perspectiva Actual de la Definición de Propiedad desde la Doctrina .....	113
3.5.	Enfoque Funcionalista de la Propiedad en la Constitución Política.....	114
3.6.	Perspectiva constitucional de la Propiedad: El concepto de propiedad en la Constitución de 1979 y la actual Constitución de 1993 .....	114
3.6.1.	La Propiedad en la Constitución de 1979.....	114
3.6.2.	Tratamiento de la Propiedad en la Constitución Actual de 1993 .....	115
3.7.	La Propiedad como derecho fundamental en la Constitución.....	124
3.7.1.	Características del Derecho de Propiedad según el Tribunal Constitucional.	125

3.7.2.	Función Social de la Propiedad .....	127
3.7.3.	Elementos esenciales del derecho de propiedad según la economía.....	129
3.7.4.	La Garantía Institucional de la Propiedad .....	130
3.7.5.	La Propiedad como Garantía Institucional .....	131
3.7.6.	Seguridad jurídica y Connotación económica del derecho de propiedad .....	133
3.7.7.	Contenido esencial .....	135
3.7.1.1.	Contenido esencial del derecho de Propiedad según el Tribunal Constitucional Español .....	137
3.8.	Teorías en relación al Derecho de Propiedad.....	140
3.8.1.	El contrato de compraventa como título de adquisición de la propiedad.....	140
3.8.1.1.	Características del contrato de compraventa .....	140
3.8.2.	Elementos constitutivos del contrato en relación con la venta válida.....	141
3.8.3.	Elementos que configuran una transferencia valida de propiedad inmueble .	141
3.8.1.2.	Titularidad.....	142
3.8.1.3.	Legitimación .....	142
3.8.1.4.	El Poder de Disposición.....	144
	CAPITULO IV .....	150
	LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SU IMPLICANCIA EN EL TRAFICO JURIDICO DE BIENES INMUEBLES .....	150
4.1.	La Fe Pública.....	150
4.1.1.	Definición.....	151
4.1.2.	La Buena Fe como Principio General del Derecho .....	151
4.1.3.	La Buena Fe en el ámbito Constitucional.....	152
4.1.4.	Clases de Fe Pública.....	153

4.2.	La Fe Pública Registral .....	153
4.2.1.	Antecedentes Legislativos .....	154
4.2.2.	Definición Actual de Buena fe Pública Registral desde la legislación .....	154
4.2.3.	Extensión de la Fe Pública Registral .....	156
4.2.4.	Definición Doctrinaria del Principio de Buena fe pública Registral. ....	157
4.2.5.	Principio de Buena Fe Publica Registral – Contexto de su Adopción en el Perú 160	
4.2.5.1.	Origen .....	160
4.2.6.	Elementos que configuran la protección del Principio de Fe Pública Registral 168	
4.2.6.1.	Adquisición a non domino .....	170
4.2.6.2.	Que el tercero tenga buena fe .....	172
4.2.6.3.	Que la adquisición sea a título oneroso .....	176
4.2.6.4.	Que el tercero inscriba su derecho .....	177
4.3.	BUENA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SEGURIDAD JURIDICA .....	177
4.3.1.	Seguridad Jurídica .....	177
4.3.1.1.	Seguridad Jurídica Estática y Seguridad Dinámica .....	179
4.4.	IMPLICANCIA DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL TRAFICO DE BIENES INMUEBLES .....	182
	CAPÍTULO V .....	188
	ANÁLISIS Y RESULTADOS .....	188
	Análisis de Analizar la viabilidad de una propuesta que modifique los artículos 949° y 2014° del Código Civil .....	188
5.1.	Análisis de los resultados: .....	188
5.1.1.	Resultados Del Análisis Jurisprudencial .....	188

5.1.2.	Resultados Del Análisis Estadístico .....	201
5.1.3.	Resultados de la opinión de operadores jurídicos .....	205
	CAPÍTULO VI.....	218
	CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	218
6.1.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	218
6.1.1.	Discusión sobre el objetivo: “Describir doctrinariamente los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble” .....	218
6.1.2.	Discusión sobre el objetivo: “Estudiar la propiedad como derecho fundamental. Establecer cuáles son las teorías que propugnan la adquisición del derecho de propiedad”.	221
6.1.3.	Discusión sobre el objetivo: “Analizar la aplicación de la fe pública registral para determinar su efecto sobre el tráfico de bienes inmuebles en el Perú”.....	224
6.2.	RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES.....	229
6.2.1.	Respecto a la Variable independiente: La aplicación de la fe pública registral. ....	229
6.2.2.	Respecto a la Variable dependiente: El derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble. ....	230
6.3.	CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS .....	231
	CONCLUSIONES .....	233
	RECOMENDACIONES .....	237
	Bibliografía.....	239
	ANEXOS.....	248
1.	Cuestionario de encuesta aplicada a 50 operadores jurídicos. ....	248

## **INDICE DE TABLAS**

Tabla 1: Resultados de la primera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.....	206
Tabla 2: Resultados de la segunda afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.....	208
Tabla 3: Resultados de la tercera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.....	210
Tabla 4: Resultados de la cuarta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.....	212
Tabla 5: Resultados de la quinta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.....	214
Tabla 6: Resultados de la sexta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque .....	216

## **INDICE DE GRÁFICOS**

Ilustración 1: Gráfico porcentual de los resultados de la primera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque .....207

Ilustración 2: Gráfico porcentual de los resultados de la segunda afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque. ...209

Ilustración 3: Gráfico porcentual de los resultados de la tercera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque ....211

Ilustración 4: Gráfico porcentual de los resultados de la cuarta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque ....213

Ilustración 5: Gráfico porcentual de los resultados de la quinta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque ....215

Ilustración 6: Gráfico porcentual de los resultados de la sexta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque ....217

## **RESUMEN**

Bajo el contexto normativo, la propiedad es un derecho constitucional, garantizado en el artículo 70 de la Carta Política, cuya privación solo obedece a situaciones taxativas y extraordinarias de “seguridad nacional o necesidad pública” declarada por ley; asimismo de conformidad con el artículo 949 del Código Civil se transfiere con el solo consentimiento de las partes, no siendo la inscripción registral constitutiva del derecho; sin embargo, en el campo de la realidad, el ejercicio pleno y eficaz de los atributos inherentes a esta, quedan enervados por el accionar doloso del transferente, quien enajena sin tener la verdadera titularidad del bien y evidentemente sin consentimiento del auténtico dueño, aprovechándose de la inexactitud registral, que brinda protección al tercero adquirente en mérito al principio de fe pública registral dispuesto en el artículo 2014 del Código Civil, por el que pese a la comprobación fáctica del fraude o de la adquisición del non domino se podría producir el despojo del verdadero propietario, quien termina desconfiando del sistema de justicia; problema latente que ¿supone acaso la aplicación incongruente de normas?, ¿Realmente existe incompatibilidad de estas o se trata de una aplicación indebida o desproporcionada?, problemática cuyo matiz es motivo de investigación.

**PALABRAS CLAVES: Fe Pública, Registral, Propiedad, Consensual, Transferencia.**

## **ABSTRACT**

Under the normative context, property is a constitutional right, guaranteed in Article 70 of the Political Charter, whose deprivation only obeys to specific and extraordinary situations of "national security or public necessity" declared by law; also in accordance with article 949 of the Civil Code is transferred with the sole consent of the parties, not being the registration constitutive of the right; However, in the realm of reality, the full and effective exercise of the attributes inherent to it, are enervated by the willful action of the transferor, who alienates without having the true ownership of the property and evidently without the consent of the real owner, taking advantage of the registry inaccuracy, which provides protection to the third party purchaser by virtue of the principle of public registry law provided in article 2014 of the Civil Code, by which despite the factual verification of fraud or the acquisition of the non domino, the dispossession of the true owner, who ends up distrusting the justice system; latent problem that is perhaps the inconsistent application of standards ?, Is there really incompatibility of these or is it an undue or disproportionate application ?, problematic whose nuance is the subject of investigation.

**KEY WORDS: Public Faith, Registry, Property, Consensual, Transfer.**

## INTRODUCCION

El derecho de propiedad como la fe pública registral, pueden definirse como dos categorías jurídicas, que vinculadas dan origen al objeto de estudio del presente trabajo de investigación, esto es así, en tanto que al estudiar el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el ordenamiento jurídico civil peruano, encontramos una realidad, que muchas veces discrepa del contexto registral, protegiendo al tercero registral de buena fe. De acuerdo al tema en estudio el problema planteado en la parte pertinente del presente informe, contiene una discusión moderna en torno a este tema que ha oscilado entre tomas de postura que la admiten y otras que levantan reparos contra ella. Aunque lo cierto es que suscita un debate doctrinario que no es uniforme y de nunca acabar. En todo caso, una exposición sobre el contenido del Derecho de propiedad que jurídicamente puede entenderse como el poder directo e inmediato que el titular ejerce sobre un bien, y el principio de fe pública registral, no es posible si antes no se proyecta una mirada al contexto histórico y a los antecedentes que motivaron el surgimiento de estas categorías.

A continuación de lo expuesto, encontramos una realidad problemática que es objeto de estudio, el mismo que se refleja en la siguiente interrogante: ¿En qué medida la aplicación de la fe pública registral es incompatible con el derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble?; cuestionamiento que en forma inicial inspiró una respuesta, construida bajo la siguiente hipótesis: Si, en nuestro sistema consensual la aplicación de la fe pública registral, es incompatible con el derecho de propiedad; entonces, tal medida habilita y legitima la transferencia de la propiedad inmueble del *non domino*.

En ese contexto, El presente trabajo consta de tres capítulos estructurados de forma tal, que busquen abordar de manera detallada los ejes temáticos de la investigación. Es así que en el segundo capítulo se estudió los sistemas de transferencia de propiedad inmueble, que juega un rol importante en la forma en la que se configura dicha

transmisión, pasando por su evolución hasta llegar finalmente a conocer su eficacia desde la perspectiva del registro, para tal efecto se hizo una evolución histórica que desarrolle su origen; así como también conocer cuáles son las posturas doctrinarias de los juristas nacionales de mayor reconocimiento sobre el tema.

El tercer capítulo abordó el derecho de propiedad desde el enfoque de derecho fundamental- constitucional, a fin de hallar el contenido esencial que la Carta Política reconoce como inmutable; en este apartado el nacimiento y evolución del derecho de propiedad también es motivo de tratamiento para finalmente del análisis realizado, precisar mi postura en relación al tema y mi aporte al mismo.

Finalmente, pero en la misma línea de importancia se realizó el estudio pormenorizado del principio de fe pública registral, el cual según la literatura consultada tiene un amplio campo de estudio, situación que sin lugar a dudas enriquece el trabajo a realizar, pero también propone el reto del estudio ineludible de la institución del registro dentro del cual se enmarca y del que se toma su importancia, para posteriormente poner de manifiesto los conflictos generados por la aplicación de la fe pública registral en supuestos precisos de transferencia de propiedad a *non domino*. Estudiar la fe pública registral de cara al derecho de propiedad, ha permitido ampliar el panorama sobre la interrogante acerca de la posible incompatibilidad, aplicación incongruente, o indebida de normas.

Es inobjetable que ambas categorías jurídicas, cumplen un rol sustancial en el tránsito jurídico, por lo que de por si tratándose de dos importantes instituciones, es significativo también cohesionarlas armónicamente, pues considero que en caso de existir divergencia en el modo de aplicarlas o interpretarlas, esto podría ser lo que rompe la coherencia de aquellas figuras y no estas *per se*, ante supuestos de trasferencias a *non domino* en el que el verdadero titular no encuentra protección frente al tercero registral. En tal sentido una interpretación coherente que proteja a ambos justiciables, sin menguar

la propiedad a la luz de los derechos fundamentales, cambiaría la perspectiva formalista de ver este sector del derecho.

Todo este desarrollo ha generado la contrastación de la hipótesis, mediante la discusión de los resultados, llegando a establecer las conclusiones y recomendaciones que se ponen a disposición del jurado.

La Autora.

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS.**

#### **1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.**

##### **1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

El interés de un tema como el que plantearé, tuvo como punto de partida una de las clases vertidas en las aulas universitarias; en ese entonces alumna de segundo año de la carrera de Derecho, el docente plantea la siguiente figura: se aprecia que Juan (titular registral) vende su casa a Pedro, pero aprovechando que Pedro aún no inscribe su dominio en el Registro, vende la misma propiedad a Raúl, quien inscribe su adquisición, aun cuando Pedro tiene la posesión del inmueble, sin embargo es obligado a desocuparlo dado que Raúl formalmente dueño lo requiere judicialmente. Frente a este supuesto de hecho, que derecho prevalece? el derecho formal de Raúl quien se ampara en virtud del principio de fe pública registral, o la propiedad adquirida por Pedro?, en ese momento, por un principio de justicia creí que empleando los mecanismos judiciales adecuados “Pedro” recuperaría lo que siempre fue suyo; sin embargo grande fue mi sorpresa cuando la respuesta que se vislumbraba era que Raúl se encontraba protegido por una barrera que parece infranqueable (por el sistema registral) el “principio de buena fe”, por tanto Pedro solo tenía el derecho expectatio a reclamar una indemnización.

Posteriormente en sexto año de la carrera, realicé el Servicio Civil de Graduandos- SECIGRA, en la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en donde pude acercarme más al problema planteado y conocer más de cerca sobre la línea de las decisiones judiciales al

respecto, lo que me permitió saber que el criterio empelado por algunos magistrados no siempre es compartido por otros.

Esta situación es una problemática de índole nacional que engloba a la colectividad lambayecana, y peruana en general; también es cierto, este tema ha sido muy tocado desde varias perspectivas, pero a lo largo de los años se ha mantenido la misma situación a pesar que al respecto existen varios trabajos de investigación dirigidos algunos de ellos, a denunciar falencias normativas, así como otros que se inclinan porque la transferencia de propiedad inmueble se perfeccione con la inscripción en el registro respectivo. Esta situación es la que me inspira a investigar, justamente por ser un tema muy tocado pero que hasta ahora no ha mostrado cambios significativos que se hayan plasmado en una regulación normativa que corrija de acuerdo a los estudios que puedan realizarse, problemática que considero aqueja sobre todo a las personas más humildes que no cuentan con recursos económicos para poder defenderse o que quizás probablemente sea la única propiedad inmueble para uso de vivienda.

En función a lo expuesto, enfocándome en la repercusión social del problema, cabe realizarse la siguiente pregunta: Podrá ser la formalidad registral justificación para despojar al verdadero propietario? y será este verdaderamente despojado?

El ejercicio pleno y eficaz de los atributos inherentes a la propiedad como debería ser, queda enervado, por el accionar doloso del transferente que enajena sin tener la verdadera titularidad del bien y evidentemente sin consentimiento del auténtico dueño, aprovechándose de la inexactitud registral, al figurar en el registro como titular; este registro brinda protección al tercero adquirente registral en mérito al principio de fe pública registral dispuesto en el artículo 2014 del Código Civil, por el cual se produce el consecuente despojo del verdadero propietario.

Sobre el particular, se conoce que aquel que se considere afectado en su propiedad tiene expedito su derecho ante el órgano jurisdiccional, para solicitar la nulidad del contrato de compra venta, sin embargo de declararse la nulidad de la venta, esta tiene incidencia en la recuperación del inmueble?, ¿cabe la posibilidad real de que dicho inmueble retorne a la esfera patrimonial del titular despojado sin su consentimiento?, o únicamente es acreedor a una indemnización, debido a la barrera del tercero registral de buena fe?, una serie de interrogantes que se desprenden del problema expuesto el cual parece ser complejo, tanto más ante la diferencia de criterios en los jueces civiles.

Entonces socialmente se genera por un lado, una especie de incertidumbre jurídica en la población que acude al Órgano Judicial, quienes terminan desconfiando de la predictibilidad de las resoluciones judiciales lo que finaliza en una suerte de desconfianza en el sistema de justicia.

El jurista y Magíster en Derecho Civil Gunther Hernán Gonzales Barrón, en su artículo denominado: “El Derecho Registral se debate hoy entre dos visiones antagónicas: análisis del “Realismo” frente al “Extremismo”, publicado en la revista Derecho y Cambio Social, citando a Miquel González, José María, señala:

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras por el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica (“solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto” (Gonzales Barrón, 2012, pág. 5).

En tal sentido la cita empleada reafirma a nivel doctrinario el problema expuesto, pero es necesidad en el transcurso de la investigación conocer si otros autores son de la misma posición o si la forma de pensamiento es distinta, lo que me permitirá conocer los puntos de vista que presentan algunos estudiosos en la materia.

En tal sentido, conviene verificar qué problema en la legislación o en la norma, genera la situación problemática; para ello, ha de señalarse que bajo el contexto normativo, el derecho de propiedad es un derecho Constitucional, garantizado por el Estado en el artículo 70 de la Carta Política de la República, cuya privación solo obedece a situaciones taxativas y extraordinarias de “seguridad nacional o necesidad pública” declarada por ley. De conformidad con el artículo 949 del Código Civil “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario

”, dispositivo según el cual, la propiedad se transfiere con el solo consentimiento de las partes, por lo que, su transferencia se perfecciona fuera del registro; sin embargo aun cuando sobre el particular no existe discrepancia alguna, sucede una situación distinta a la consensualidad planteada, dado que el artículo 2014 del Código Civil relata el supuesto en el que: el tercero registral de buena fe que adquiera un inmueble de sujeto que no es dueño, pero que en el registro público aparece como tal, mantiene su adquisición, aun cuando después se anule, rescinda o resuelva el título del otorgante que respalda su compra, empero como se ha señalado, en los términos del artículo 949° del Código Civil, la propiedad se transfiere por la sola concertación de voluntades, lo que no obliga a la inscripción, al ser nuestro sistema registral no constitutivo del derecho de propiedad.

En la práctica judicial, existen mecanismos legales para la protección de la propiedad, pero conviene preguntarnos ¿son eficaces para la protección del titular extraregstral frente al despojo?, dichos mecanismos están representados por acciones tales como Nulidad de acto jurídico, reivindicación, mejor derecho a la propiedad, pero tutelan en forma efectiva el derecho del verdadero propietario o este finalmente termina desprotegido? Es una situación problemática que se desprende del problema principal a indagar, por ello me preocupa investigar si existe la necesidad de regular legislativamente este tipo de efecto jurídico. Entonces se deja en un estado de indefensión legal al verus domino?

Vale decir, que a pesar de los esfuerzos por comprobar judicialmente (por ejemplo) la nulidad del título en la segunda venta (en la adquisición a non domino), o de la comprobación de fraude del transferente, de cualquier forma resulta infructuosa para tutelar su derecho ya que los jueces si aplicaran en forma literal el citado artículo protegen de manera plena al tercer adquirente Registral, desconociendo el valor constitucional y legal de la propiedad. Entonces conviene revisar la forma cómo a nivel judicial actualmente se resuelve lo concerniente a estos casos.

Como se puede apreciar, el tema en cuestión, se extiende a diversos sectores del derecho, principalmente al ámbito registral, por lo que Con la finalidad de hacer frente a esta problemática en el presente trabajo de investigación el enfoque está determinado por el estudio particular del principio de fe pública registral y la implicancia que tiene en nuestro sistema consensual de transferencia de propiedad.

Finalmente, la aplicación del citado artículo que recoge la fe pública registral frente al derecho de dominio recogido en la Carta Política fundamental conforme también lo reconoce el artículo 949 del Código Sustantivo, es problema latente que ¿supone acaso la aplicación incongruente de normas?, ¿Realmente

existe incompatibilidad de estas o se trata de una aplicación indebida o desproporcionada?. Problemática cuyo campo es motivo de investigación.

### **1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

¿En qué medida la aplicación de la fe pública registral es incompatible con el derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.**

### **1.2.1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.**

El presente trabajo se justifica en la necesidad imperante de buscar soluciones prácticas que eviten o al menos cautelen con mayor celo contra las transferencias fraudulentas registradas y en ocasiones irreversibles en perjuicio del verdadero dueño, ya que nuestro sistema jurídico adolece de instituciones que tutelen eficazmente la protección del derecho constitucional de propiedad en lo que a este supuesto de hecho concierne, en tanto el tercero registral adquirente presenta una especie de barrera intransitable que le otorga el artículo 2014 del Código Civil, razón por la cual se pretende clarificar si existe o no una aplicación incongruente de normas, aún más cuando podría pensarse que la aplicación la buena fe tiene la cualidad de poder crear, con el cumplimiento de adicionales requisitos, derecho de propiedad en un sujeto que recibe una cosa por parte de quien no es su titular legítimo.

Evidentemente el problema ha causado y sigue causando graves daños a los legítimos propietarios originariamente despojados que pierden irreversiblemente

sus propiedades sin tener cobertura judicial predecible que los proteja, situación real frente a la cual tengo un particular interés, dado que sobre todo los sectores más pobres de la comuna, pueden verse afectados al no tener los recursos suficientes para defender su propiedad que muchas veces constituye su único patrimonio, y que pierden por sujetos inescrupulosos. En tal sentido las consecuencias sociales y el propio problema jurídico justifican el presente estudio. Es para realizar una contribución jurídica desde la perspectiva de la investigación en que también justifico el presente trabajo.

Esta problemática existente ha sido tratada con diferentes matices a nivel doctrinario y teórico, sin embargo, hasta la fecha no existe propuesta innovadora que armonice la aplicación normativa de los citados dispositivos legales que presentan aparente contradicción, lo que será motivo de análisis, sin alterar el sistema de transferencia de propiedad, propendiéndose a aportar un criterio en la búsqueda de soluciones a este problema jurídico-social en post de una adecuada administración de justicia.

### **1.2.2. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.**

Una investigación sin un propósito no tendría sentido, he ahí la importancia del presente trabajo, pues el estudio de literatura pertinente no solo me permitirá ampliar conocimientos en forma concreta y certera sino que abre las posibilidades a un cambio para la realidad en el que se trabaja o enmarca el problema, buscando generar un impacto positivo y propositivo a nivel normativo que redunde en una mejora social.

No cabe duda que la importancia de estudio del presente trabajo radica en el hecho mismo de la búsqueda de soluciones a este conflicto social que es

reconocido como tal, situación arbitraria e injusta que se contrapone con el valor justicia y derecho fundamental propiedad privada que propugna nuestro sistema social de derecho. Un cambio en la forma de aplicar las normas sería un paso para una mejor manera de proteger la propiedad.

De esta manera el trabajo profundizará sobre los argumentos para la protección del derecho de propiedad frente a la aplicación del principio de fe pública registral.

### **1.3. OBJETIVOS.**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL.**

Determinar si según nuestro sistema consensual la aplicación de la fe pública registral, resultaría incompatible con el derecho de propiedad, habilitando y legitimando la transferencia de la propiedad inmueble del *non domino*.

#### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Describir doctrinariamente los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble.
- Estudiar la propiedad como derecho fundamental. Establecer cuáles son las teorías que propugnan la adquisición del derecho de propiedad.
- Analizar la aplicación de la fe pública registral para determinar su efecto sobre el tráfico de bienes inmuebles en el Perú.

#### **1.4. HIPÓTESIS.**

Si, en nuestro sistema consensual la aplicación de la fe pública registral, es incompatible con el derecho de propiedad; entonces, tal medida habilita y legitima la transferencia de la propiedad inmueble del *non domino*.

#### **1.5. VARIABLES.**

##### **1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.**

La aplicación de la fe pública registral.

##### **1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.**

El derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble.

#### **1.6. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

##### **1.6.1. MÉTODOS**

En esta investigación se hizo uso de los siguientes métodos, que permitieron desarrollar la observación de una forma adecuada y sistemática, así:

- **Método exegético jurídico.** - Este método fue aplicado para interpretar el sentido de las normas recopiladas respecto al principio de fe pública registral y el sistema

de transferencia de propiedad inmueble; detalle que se ha confrontado con el derecho de propiedad y la realidad regional, permitiendo obtener cifras como resultados, en base a las cuales se pudo contrastar la hipótesis planteada.

- **Método sistemático jurídico.-** Este método ha sido empleado para realizar un análisis conjunto e interrelacionado de nuestro ordenamiento jurídico civil y registral en lo atinente al problema sub examine, lo cual ha permitido arribar a la mejor conclusión del informe de investigación.
- **Método hipotético deductivo.-** Al emplear el método hipotético deductivo se pudo verificar su apoyo metodológico al momento de elaborar la hipótesis de trabajo, y en el transcurso de la investigación para realizar un correcto estudio del tema abordado desde comprender su naturaleza hasta llegar a sus manifestaciones específicas para caso concreto.
- **Método inductivo.-** La aplicación de este método ha permitido analizar el material de estudio, el mismo que sirvió de base para demostrar la hipótesis de trabajo, así como para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.
- **Método Histórico.-** Dado que me permitió estudiar los hechos del pasado con el fin de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones de la sociedad actual.

### 1.6.2. TÉCNICAS

En el desarrollo del tema, se hizo uso de las técnicas de recolección de la información que permitió establecer los parámetros con los que se definió mi propuesta,

que permitió plantear al final las propuestas en función a los resultados.

- **Análisis Documental.-** Se utilizaron fichas bibliográficas, fichas de investigación documental, etc., con lo cual se han obtenido datos de los archivos de fuentes documentales, de textos que se publicaron en materia de derecho civil y derecho registral, específicamente respecto a la buena fe pública registral y el derecho de propiedad.
- **Observación.-** Se utilizó la guía de observación, con la cual se ha observado la realidad socio jurídica que engloba la aplicación del principio de fe pública registral para el caso de conflicto en la transferencia de propiedad de inmuebles la ciudad de Chiclayo.
- **Entrevista.-** Se empleó la guía de entrevista; la cual fue aplicada a personas que conocen el tema materia de observación, integrando a operadores jurídicos como son jueces registradores y especialistas, quienes vertieron sus opiniones respecto de la problemática planteada.

### 1.6.3. INSTRUMENTOS

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

- **La Ficha.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y permitió localizar las fuentes y también almacenar la información que se ha obtenido durante la investigación.
- **La Guía de Observación.-** Instrumento que se utiliza en la técnica de la observación, y ha servido para realizar una observación directa no participante del objeto materia

de investigación.

- **La Guía de entrevista.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la entrevista, y consistió en un conjunto de preguntas que se elaboraron y que sirvieron de orientación en el dialogo que se ha tenido con los entrevistados que son los conocedores del tema.

## **CAPITULO II**

### **LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.**

Uno de los ejes temáticos en el desarrollo del presente trabajo de investigación es necesariamente los sistemas de transferencia de propiedad inmueble, es el punto de partida dentro del cual corresponderá estudiar a la propiedad para determinar la correspondencia con el sistema adoptado, para lo cual en el presente capítulo emprenderé un estudio teórico que llevará a conocer el sistema de transferencia de propiedad inmueble imperante en nuestro orden jurídico, con el afán de verificar o en todo caso analizar en base a la literatura seleccionada la clase de protección que brinda a la propiedad. Al tratarse de un estudio doctrinario el tratamiento es descriptivo.

Interesa particularmente el estudio del sistema de transferencia inmobiliario peruano a fin de establecer la idoneidad del sistema, si resulta ser el más adecuado, y el sentido de pertenencia de las normas dentro de este, o si existe una protección eficaz de los derechos de propiedad.

#### **2.1. DEFINICION DE SISTEMA DE PROPIEDAD**

El marco conceptual para estudiar los sistemas de transferencia de propiedad pasa por definir primero en que consiste un sistema de propiedad, es importante conocer en que consiste un sistema de propiedad para entender a qué se hace referencia al evocar el termino sistema de transferencia de la propiedad, sin embargo, en la búsqueda de la información idónea, el mayor inconveniente que encuentro es la falta o casi nula investigación respecto a este punto, lo que podría significar que la conceptualización detallada del sistema de transferencia de propiedad es una cuestión muy poco tratada, es verdaderamente este hecho, lo que permite identificar primero al sistema de propiedad o

sistema de derecho de propiedad, para buscar un concepto claro del centro temático que motiva el presente capítulo; Si bien es cierto no es un aspecto amplio que deba tratarse a profundidad, es un aspecto muy importante, porque dentro de este se desentraña la propiedad y sus atributos.

Entendiendo a un sistema como lo propone Manuel Ossorio (1997), en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* “Conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia” (pág. 926); enfocando el concepto de sistema de la propiedad, el Doctor Gunther Gonzales Barrón(2011), en su libro titulado *Derecho Urbanístico*, acota que: “Un sistema de propiedad puede definirse como el conjunto de reglas que gobiernan el acceso y el control de los bienes o recursos materiales, en el entendido que estos son objetos capaces de satisfacer alguna necesidad o deseo humano” (pág. 54), el citado autor, cuando alude al sistema de propiedad, refiere a un conjunto de reglas que controlan los recursos; este concepto no precisa la definición de sistema de propiedad, sin embargo hace una aproximación a lo que puede entenderse como tal, en ese sentido concatenando ambos términos (sistema y propiedad), puedo acotar que “sistema” es un término continente, que abarca en forma coherente y vinculada normas que regulan toda clase de relaciones jurídicas en donde interviene el derecho para solucionar conflictos de intereses, dentro de todo este sistema jurídico, encontramos una porción que rige exclusivamente a la propiedad como derecho, comprendiéndola en sus diversos aspectos, entre ellos, a la transferencia, regulada a través de un conjunto de reglas dentro de nuestro orden jurídico, que compete estudiar en las líneas posteriores, dado que, inseparable a la propiedad está la facultad de disposición que para efectos del presente trabajo puede entenderse en sentido amplio como enajenación o transferencia.

*Gerald P. O’Driscoll Jr. y Lee Hoskins*, (2006) en su artículo denominado *Derechos de propiedad La clave del desarrollo económico*, relata que la escuela económica moderna sobre derechos de propiedad fue fundada por Armen Alchian, Ronald Coase y Harold Demsetz, quienes buscaban trazar la importancia de un sistema

de derechos de la propiedad privada, para el funcionamiento eficiente de una economía. Es así que citando a Armen A. Alchian, en su libro *Economic Forces at Work*, manifestó:

*Por sistema de derechos de propiedad debe entenderse un método de asignar a individuos particulares la “autoridad” para seleccionar, con relación a bienes específicos, cualquier uso de un grupo permitido de usos. (...) Un derecho de propiedad para mí significa una protección contra la elección que otras personas pudieran efectuar contra mi voluntad de algún uso de los recursos catalogados como “míos” (O’Driscoll & Hoskins, 2006).*

Esta segunda cita, nos conduce a entender al sistema de propiedad hacia un sentido de pertenencia de determinados sujetos sobre bienes o recursos materiales, quienes tendrían potestad para usarlos dentro de los parámetros autorizados. Los individuos pueden elegir libremente usar ciertos bienes, que estén dentro del tráfico patrimonial, siempre que no sean contrarios a los usos permitidos.

El Profesor David Velasco Pérez Velasco (1967), Magíster en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense de Madrid, en su artículo denominado *Análisis Económico De Los Derechos De Propiedad*, citando a Harold Demsetz, clasifica a los sistemas de propiedad, en propiedad comunal, privada y estatal, de los cuales nos interesa la segunda clasificación. Sobre la propiedad privada señala: “Es el sistema en el que la comunidad reconoce el derecho del propietario a excluir a otros del ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad” (pág. 05).

Este concepto aclara más el panorama agregándole la característica de exclusión del ejercicio de los derechos intrínsecos a la propiedad, por el reconocimiento que la comunidad le da al propietario.

De las definiciones propuestas, la primera cita es mucho más amplia, sin embargo la segunda y la tercera van complementando de modo tal que en este punto puede definirse al sistema de propiedad, como: Un conjunto de reglas o métodos que regulan, todo lo concerniente al acceso, uso y por que no extinción de bienes o recursos materiales, para ser controlados por determinados sujetos que por ser los propietarios, la comunidad les reconoce la posibilidad de excluir a quienes no estén legitimados.

## **2.2. EVOLUCION DE SISTEMA DE PROPIEDAD**

Hablar de sistema de propiedad como pretendernos en estas líneas, es hablar de la evolución de la propiedad misma. Como bien se sabe ha existido desde tiempo inmemorial, podría decir que es una institución que surge incluso antes de la civilización, conforme va evolucionando la propiedad se va creando el sistema. Así que la exposición de la evolución del sistema de propiedad está entrelazada con la evolución de la propiedad.

Ladelaye, citado por Roberto Mac Lean y Estenós, indica que “la propiedad ha debido comenzar en todas partes bajo la forma colectiva y ha evolucionado después en el sentido de la individualización progresiva” (Roberto MacLean y Estenós, Sociología, pág. 492) (pág. 24).

En pueblos combativos y mercantiles como Asiria y Babilonia, así como en la China en donde los gobernantes compensaban por sus servicios a los nobles con la sesión de extensas propiedades, fenicia, Persia, Egipto, e India, regía el sistema de propiedad individual. En Grecia también se instituyó el germen de la propiedad individual o privada, lo que generó, como bien lo menciona el catedrático y jurista Max Arias-Schreiber Pezet(2011), la “célebre polémica entre Sócrates y Platón, quienes abogaban por la comunidad de los bienes, y Aristóteles, defensor del dominio individual” (pág. 25).

Sócrates rechazó la propiedad individual propiciando la colectividad de bienes, pero el mayor defensor de este sistema fue Platón quien lo propuso en su obra “La República”, además de proponer la comunidad de mujeres y los hijos de las mujeres. Por su parte Aristóteles defendía la propiedad privada justificándola en la utilidad, la satisfacción y la moral.

Los pueblos barbaros fueron nómades que carecían de asiento estable y estaban por lo tanto en permanente circulación. Por estas razones ignoraban la propiedad individual, salvo la concerniente a sus vestidos, armas y ganado. Producidas las invasiones bárbaras se produjo el fenómeno de la recepción asimilando estos pueblos la cultura jurídica romana (Arias-Schreiber Pezet, 2011, pág. 25)

Trayendo a remembranza al Doctor Rafael Hernández Canelo, (2014) autor del libro *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, sobre la propiedad Romana, indica que lo más probable es que, los que participaron de la fundación de Roma como Estado – Ciudad, hayan dejado atrás el estado de propiedad colectiva, ya que habían abandonado la forma primitiva (parafraseo. Pág. 406); además, en sus inicios no tenían un verdadero concepto de propiedad, confundiéndola con la cosa misma, acotando se ha llegado a esta noción después de amplios esfuerzos conceptuales de los juristas romanos. Al respecto, señala que:

La institución de la propiedad estuvo regulada desde los más antiguos tiempos de Roma por el derecho civil o quirritario”, (...), al lado de la propiedad quirritaria apareció un nuevo dominio, carente de formalidades y de contenido más amplio, (...) denominado propiedad bonitaria o pretoria (Hernandez Canelo, 2014, pág. 407).

En igual sentido el Doctor **Max Ariás - Schreiber Pezet** (2011), autor del libro *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III*, indica:

En Roma se conoció el dominio particular desde sus primeras etapas, en las que se trataba de un derecho formalista denominado “ex jure quiritium (...) En forma paralela a la propiedad llamada quiritaria, (...), se desarrolló la propiedad bonitaria, transferible por tradición. (pág. 25 y 26).

Ambas citas ayudan a comprender que la Roma primitiva se regía por el derecho quiritario, que era eminentemente formal, a cuyo encuentro acudió la propiedad bonitaria desprovista de las formalidades de la primera, a su vez que poco a poco fue desplazándola. Ello dado a que la característica de quiritario en Roma estaba relacionado con la ciudadanía romana dando una concepción de la propiedad cerrada a cierto escaño social, siendo así y al entender el carácter bonitario como la apertura del derecho de propiedad a lo que sería la equidad en la institución del ius civile, llegándose a la aceptación de que la propiedad bonitaria se convierta luego en quiritaria; todo lo descrito da un atisbo de un sistema primitivo de la propiedad y su manejo.

Bajo esta concepción corresponde cuestionar el origen de nuestro sistema de propiedad, preguntarnos si ¿tiene una base inspirada únicamente en el derecho romano?, tal vez sea necesario interrogar también ¿hubiera sido prudente conservar la línea de operatividad que generaba el cuidado de la propiedad en roma hacia la búsqueda de la protección adecuada?, estos cuestionamientos serán resueltos en la discusión de los objetivos de esta tesis.

Después de la decadencia del imperio romano, surge la era feudal, que trajo consigo cambios radicales, el acotado autor señala que: “Enseñoreado el propietario feudal dentro de sus extensos dominios, legado de graciosas concesiones del imperio” (pág. 26), era muy difícil ejercitar sus atributos y conservarlos, por lo que:

Impuso entonces un sistema de uso y disfrute a plenitud de las tierras en beneficio de los campesinos, a cambio de su sometimiento servil y de una contribución: frente al dominio directo del señor surgió el dominio útil del campesino (Arias-Schreiber Pezet, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III Derechos Reales, 2011, pág. 26).

Si bien es cierto, el dominio sobre algunas tierras era de los señores feudales, quienes tenían el imperio también sobre los vasallos que se establecieron en los feudos, el uso y disfrute de las tierras por los campesinos vinculaba a una mejor distribución del caudal, lo que desembocaría con el paso de tiempo en la propiedad exclusiva del campesino sobre dicha tierra. Este periodo histórico nos va acercando a lo que sería el paso al régimen liberal de la propiedad privada. Para que suceda este acercamiento a un nuevo régimen que redefinía el concepto de propiedad, en esta época señorial, se puede hablar de una propiedad feudal - territorial en donde el campesino tenía una especie de sujeción personal al señor feudal, las tierras eran de propiedad de unos pocos los cuales obligaban al campesino a trabajarla a cambio de retribución de diferentes tipos, este estado de explotación, sumisión y desigualdad, fue el germen que desató la revolución en la Europa occidental con la Francia revolucionaria primera en abolirla, el cambio de una propiedad feudal a una propiedad privada es adecuado en tanto redefine positivamente este concepto pero es preciso ver qué tan efectivo es según los principios en los que se erige; aparece con mayor relieve el estamento social de la burguesía, dentro de un nuevo sistema: el capitalista. Es importante destacar que la propiedad territorial se protegía contra las invasiones y las conquistas de los pueblos vecinos. El rey para proteger el imperio y sus dominios cedía parte de la tierra a cambio de servicio militar. Cabe precisar que la protección de la tierra era contra las invasiones, este paso de la protección romana a la feudal (protección de la tierra contra invasiones) fue adecuado dado que ello permitió el uso directo de las tierras por parte de los campesinos y su aprovechamiento, sin embargo, la situación social en la que se desenvolvían trajo un nuevo cambio, el ya descrito líneas arriba.

El Maestro Gunter Gonzales Barrón (2011), en su Libro denominado *Derecho Urbanístico*, nos dice que:

Durante el **siglo XIX** la burguesía ha derrotado al Antiguo Régimen de carácter estamental, absolutista, feudal y mercantilista; (...) El régimen liberal de la propiedad se justifica en cuanto la búsqueda de la prosperidad, y hasta de la felicidad, está ligado a la máxima libertad en el régimen jurídico sobre las cosas y su apropiación por los particulares. (pág. 54).

Durante el Siglo XIX el régimen de la propiedad fue liberal, recordemos que un estado liberal permite y facilita que el hombre se desarrolle en libertad e igualdad.

Ahora, ¿a qué se refiere cuando señala que la propiedad está ligado a la máxima libertad en el régimen jurídico sobre las cosas?, acaso puede regular en forma totalmente independiente sus bienes, las transacciones sobre la adjudicación, sin intervención de la entidad estatal? ¿se está hablando de la funcionalidad de los límites al derecho de propiedad? esto último será alimentado teóricamente cuando se desarrolle la propiedad como derecho fundamental.

### **2.2.1. Régimen liberal como base de la protección de la propiedad privada**

El proceso de la revolución burguesa fue largo, en Cádiz en 1811 y 1813, “los diputados de las Cortes de Cádiz, (...), iniciaron la labor de convertir en libre la propiedad inmueble del Antiguo Régimen” (pág. 93), una de sus tareas fue la de sacar al libre mercado bienes del régimen estamental antiguo que los había dejado al margen de compraventa, como los bienes de la nobleza, los bienes municipales y eclesiásticos, lo que trajo consigo “la transformación de los antiguos señores en propietarios liberales, o

con una propiedad plena y libre sobre dichos bienes” (pág. 93), este proceso se iría prolongando hasta 1844. Un dato importante del cambio de régimen fue la lucha por la libertad en la disposición de la propiedad, Javier Donézar Diez de Ulzurum (2008), en el libro *Contemporánea. SIGLOS XIX y XX*, informa:

Las principales normas legales giraron alrededor de la redefinición del derecho de propiedad. Y ello porque el régimen liberal no puede entenderse sin el concepto de propiedad privada; ésta, considerada “sagrada e inviolable”, relacionaba la titularidad individual con la capacidad de disponer libre e ilimitadamente de dicha propiedad.

Por tanto, se ponía de manifiesto que la labor del nuevo Estado respecto a esta propiedad tenía que ser doble: por una parte, debía garantizar la inviolabilidad de tal derecho y proporcionar la libertad precisa para poder ejercerlo y, por otra, debía intervenir lo menos posible en limitarlo (2008, pág. 93).

En este pensamiento liberal, se desarrolló un régimen que “redefinía el derecho de propiedad privada” vinculándola a la libertad como máxima expresión de la autonomía privada, en tal sentido, “la propiedad se desarrollaba con el ejercicio de las libertades”.

Al respecto, el maestro **José Antonio Álvarez Caperochipi (2017)**, profesor titular de Derecho Civil, encargado del curso en la Universidad Complutense de Madrid, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su libro denominado *El Derecho de las Obligaciones y de los Contratos*, sobre la autonomía de la voluntad, ilustra lo siguiente:

(...) tal como configura en la codificación napoleónica, significa en primer lugar que las partes pueden concertar lo que quieran y como quieran sobre su patrimonio (consensualismo), fijando libremente el

contenido de los contratos, (...), bastando para el nacimiento de la obligación la exteriorización de la voluntad con ánimo de obligarse; y en segundo lugar, la autonomía de la voluntad significa que también lo pueden concertar entre los propios sujetos contratantes, sin necesidad de intervención de ninguna autoridad pública y sin ajustarse a ninguna exigencia de forma pública (2017, pág. 51).

Cabe acotar que en palabras del autor mencionado son dos los pilares del derecho civil patrimonial moderno, provenientes de la revolución liberal, la prohibición de la coacción personal y “el principio de la libertad patrimonial, o **autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial**, que se formula en los siguientes términos: como quiera uno obligarse queda obligado”(negrita es propio) (pág. 33).

Concluyendo este pequeño acápite, puedo señalar que el aporte histórico de la doctrina liberal burguesa, sobre la propiedad, para construir en la actualidad el sistema que busca regular la propiedad para su protección, se centra en dos puntos claves: Libertad y autonomía privada, a través de los cuales se desarrollan los derechos de propiedad, bajo un nuevo contexto desprovisto de limitaciones, porque el Estado asume un rol doble de protección de la inviolabilidad y la no limitación, ello se traduce en la regulación de la propiedad que otorga la Constitución Política del Estado Peruano, como más adelante se verá con detenimiento.

Conviene agregar además que, si bien el surgimiento de la burguesía y el nuevo régimen significó un cambio en la concepción del derecho de propiedad y la forma de protegerla, el afán por la libertad en la regulación sobre los bienes llevó a que este régimen de forma adversa termine convirtiéndose de igual modo en uno absolutista pero ya no de la propiedad territorial que impugnaba sino de la clase de propiedad que relucía, digamos entonces que el rechazo de la propiedad feudal llevó después de grandes luchas a grandes cambios inmersos en los cambios sociales, pero que terminó convirtiéndose también en

lo que llamaría “una régimen absolutista de la propiedad privada liberal”. Es decir, si bien es cierto los cambios fueron buenos, no se fijaron límites a la regulación de los derechos de propiedad entre los particulares, propiciando una especie de libertad absoluta sin limitaciones, en todo caso la intervención mínima del Estado en limitarlo.

En líneas posteriores González Barrón (2011), agrega que: “(...). Dentro de esta lógica se mueven los Códigos de la primera época, pero cuyos principios inspiradores, en gran medida se mantienen respecto a la nueva época que surge en el siglo XX.” (pág. 55).

Uno de los principios inspiradores en el régimen liberal es el respeto irrestricto a la propiedad privada mueble o inmueble, el antedicho autor nos señala como dato importante que el principio fundamental de la iniciativa privada es reconocida en los Códigos Civiles, así:

Los sistemas jurídicos en los Códigos civiles reconocen la iniciativa privada como principio fundamental de la economía, lo cual significa que son los particulares los protagonistas de la producción, circulación, consumo y asignación de la riqueza, lo que conlleva dotarle de un ámbito de libertad económica que se traduce en el poder de regular sus relaciones jurídicas en forma propia (Gonzales Barrón G. H., 2011, pág. 55).

De acuerdo a las líneas acotadas, inspirándonos en el principio de la autonomía privada, son los sujetos de derechos quienes regulan con plena libertad, esto es, en forma autónoma sus relaciones jurídicas cambiarias sobre los bienes que integran su patrimonio, esto se comprende mucho mejor, luego del correlato sobre la contribución del régimen liberal burgués; lo que lleva a preguntar ¿Qué sucede entonces cuando el Estado dice, puedes comprar y también vender predios urbanos o rústicos, cuando quieras y como

quieras, pero recuerda que si alguien más inscribe primero su derecho dominial sobre el mismo bien en el registro público, tu negligencia no puede parar ni mucho menos afectar el tráfico jurídico de bienes, por lo que debes ceder ante la transacción sobre tu inmueble, así sea posterior.

Entonces cuan cierto es que un sujeto de derecho pueda regular sus propias relaciones jurídicas? O si regulándolas el propio sistema te proteja frente a antinomias o contradicciones normativas?

### **2.3. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD**

La finalidad de este acápite es identificar las características en el sistema peruano y evaluar su adecuado cumplimiento, autores como Richard Posner, David Velasco Pérez Velasco, Juan Torres López, y Roger Vidal Ramos, han citado las mismas características del sistema.

Tomando como referencia a Roger Vidal Ramos (2011), Presidente del instituto Peruano de derecho civil, en su exposición contenida en el *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, en su artículo denominado: *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Peruano*, enseña:

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente

la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos (2011, pág. 115).

El desarrollo de estas tres principales características permiten verificar cuan eficiente es el sistema en razón al cumplimiento de los mismos; en sentido contrario su cumplimiento defectuoso trasluce un sistema igualmente defectuoso; entonces, una propiedad universal, exclusiva y transferible como parte de la esencia que lo hace ser sistema, para que funcione adecuadamente debe estar regulado en concordia con tales caracteres, de este modo evitamos contrariedades como el caso de la exclusión, cuando dos individuos pretendan excluir el uso de una propiedad por decirse dueños, sucede la disputa de exclusión; entonces, aun con la característica indiscutible, una adecuada regulación de esta, solucionara bien el conflicto, lo opuesto lleva a problemas jurídicos como la anomalía de dos presuntos propietarios de un bien, (como en el caso del problema investigado) que debiendo ser exclusivo el sentido de pertenencia se ve perturbado.

Las tres características identificadas, pueden resumirse en el siguiente enunciado realizado por Alchian, que es citado por los investigadores O'Driscoll, Jr y Hoskins, Lee (2006), en su artículo jurídico titulado *Derechos de propiedad La clave del desarrollo económico*, de la siguiente manera: “Un sistema de propiedad privada otorga el derecho exclusivo a los individuos de usar sus recursos como deseen y de transferirlos a voluntad” (pág. 06).

Lo expuesto permite acotar que la característica de universalidad es consecuencia de la existencia de recursos escasos susceptibles de apropiación, un ejemplo de ello es la situación de los colonos de los Estados Unidos en el siglo XIX, ellos talaban árboles sin que se preocupen por reponerlos ante la presencia de tierra abundante, cazaban y pescaban

hasta que se agotaban, luego migraban a regiones aún no colonizadas. El ejemplo debe dejar claro que el hecho de la libertad de poseer y usar siendo universal permitió a estos sujetos emigrar y tomar otros bienes de forma libre.

Una vez que algún recurso sea poseído por alguien, debe garantizarse la protección a esa propiedad apareciendo la segunda característica por la cual el sistema funcionaria con eficiencia siempre y cuando se brinde la real protección de excluir a los demás del consumo, debiendo entenderse en el contexto en que el propietario no lo consienta, con esto pues se evitará que dos sujetos concurren buscando excluirse recíprocamente de un bien que se disputen, por la situación anómala de la existencia de dos supuestos propietarios, como en los hechos sucede con frecuencia y forma parte de la problemática que investigo, ¿será una deficiencia del sistema?. En este punto debe aclararse que la presencia de esta característica como de las otras lleva consigo la existencia misma del sistema, pero la concreción de este supuesto lo enerva, esto lleva a preguntar ¿el Estado cumple el rol de garantizarlos adecuadamente para que desarrolle en forma idónea su función?. La tercera característica es consecuencia de la primera y segunda en ese orden de prelación, dado que una vez garantizados el uso del bien, debe otorgarse la posibilidad de transferirlo a voluntad, este punto es claro y no hay mucho que agregar.

No debe olvidarse que se trata de un sistema de propiedad privada donde prevalece la libertad en el control de los bienes. Además la eficiencia con la que funcione el sistema estará determinada por el grado en que se respeten y se cumplan estas exigencias en cuanto al uso exclusivo y a la capacidad de transferir.

En tal sentido solo el propietario tiene esa capacidad de transferir el bien, sin embargo el conflicto encuentra cabida cuando el vendedor ya no posee esa capacidad de disponer al no encontrarse el bien dentro de su esfera de dominio, pero que ante la presencia de la apariencia registral por mantenerse la inscripción a su nombre en el registro vuelve a transferir.

## **2.4. SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD**

Es a partir de este acápite donde empezaré el estudio del sistema de transferencia de propiedad, para lo cual ya teniendo una noción de sistema de propiedad, ahora realizaré un breve alcance del concepto brindado por algunos autores sobre el término transferencia para llegar a un concepto del objeto principal de estudio en este primer capítulo.

### **2.4.1. Definición de Transferencia**

Manuel Ossorio (1997), en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, en su vigésima cuarta edición, actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De las Cuevas, define al término transferencia como: “Paso o conducción de una cosa de un punto a otro. / Traslado. / Enajenación (v.). / Transmisión de la propiedad o de la posesión. (...)” (pág. 988), en tal sentido la sinonimia enajenación, puede entenderse según el mismo autor como “Acción y efecto de *enajenar*, de pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella” (pág. 384).

La palabra enajenar, según el Diccionario del Español Jurídico significa: “Disponer de un bien o derecho transmitiendo su titularidad” (Real Academia de la Lengua Española. RAE, 2018).

Jorge Alberto Beltrán Pacheco (2001), en su Tesis para optar el grado de Magister en Derecho, con mención en Derecho Civil, titulada: *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984*, donde señala:

El término enajenación en este contexto alude a la disposición del bien, es decir, al traslado material de un determinado bien de la esfera jurídica de libre disposición de un sujeto al de otro. Este traslado del bien implica así mismo el cambio de titularidad de éste en tanto el sujeto originalmente propietario (enajenante) es sustituido por el sujeto adquirente (págs. 30-31).

El mencionado autor, interpreta el termino enajenación en el contexto del artículo 882° del Código Civil<sup>1</sup>, al respecto, la definición de transferencia que buscamos, concuerda con el de enajenación citada, entendiéndolo en nuestro entorno como sinónimos, los cuales también pueden ser “disposición”, “traslado material”, “cambio de titularidad”, o “acto traslativo”. Cabe precisar que según el artículo 882 del acotado código sustantivo, por regla general no puede prohibirse gravar, o vender un bien, esto afectaría la autonomía privada sobre el patrimonio, y la libertad de contratar. Debiendo aclararse que el termino transferencia o enajenación alude principalmente a la venta del bien, es decir al cambio definitivo de la titularidad.

En este sentido el Maestro **Gunter Hernán Gonzales Barrón** (2017), en su libro denominado *La Propiedad y sus instrumentos de defensa*, acota que:

el propietario tiene *disposición* de sus bienes, lo cual significa que puede celebrar actos de disposición, (...). Los actos de disposición propiamente dichos son aquellos que producen la *transferencia integral del derecho*, por tanto, en ellos, el transmitente deja de ser titular, pues el derecho se traslada en su totalidad al adquirente (pág. 19).

---

<sup>1</sup>artículo 882° del Código Civil.- “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”

Reuniendo los conceptos anotados en las líneas precedentes, puedo concertar como un Sistema de Transferencia de propiedad inmueble, al: Conjunto de normas relacionadas con el control, uso y pertenencia de bienes materiales de dominio privado que regulan jurídicamente el acto traslativo de dominio, es decir, el paso de la esfera del poder patrimonial de bienes inmuebles de un sujeto de derecho a otro y la forma en cómo se realiza ese acto de disposición sobre la cosa.

## **2.5. EL ORIGEN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD**

Es difícil pensar en que en épocas remotas, existiera la transferencia de la propiedad como sistema organizado y regulado como se conoce actualmente, pero como se sabe que todo acto de disposición que suponga el cambio en la esfera jurídica de un sujeto a otro sobre el señorío de la cosa es una transferencia, la misma que importa un contrato, aunque al principio no sea catalogado como tal, sin embargo, gracias a la compilación de autores como el Doctor **Max Arias Schreiber Pezet (2011)**, conforme lo expone en su libro *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III*, que “La Historia evidencia que en un principio los contratos eran eminentemente formales, para luego de una evolución muy prolongada admitirse la transferencia de propiedad solo consensus” (pág. 263). Cita que alude a la transferencia de propiedad concertada mediante contratos que según el autor fueron formales.

### **2.5.1. Modos de adquisición de la propiedad como antecedentes históricos**

Antes de conocer cuáles son los sistemas de transferencia de propiedad propiamente dichos, conviene abordar la evolución del modo de adquirir la propiedad a lo largo del tiempo, remontándonos como antecedente más antiguo al derecho romano.

- **En el Derecho Clásico Romano**

El Doctor **Rafael Hernández canelo, (2014)** en su libro denominado *Derecho Romano Historia e instituciones*, ilustra que “El Derecho Clásico distinguía los *modos de adquisición del derecho civil*, (...) de los de *adquisición del derecho natural o de gentes*” (pág. 410). Al respecto señala que para el primero el modo de adquirir era “solemnes, formales y solo asequibles a los ciudadanos romanos” (pág. 410); mientras que el segundo “*comunes a todos los pueblos*” (pág. 410). Sin embargo, “los intérpretes han sustituido tal distinción por otra de *sello bizantino*, que clasifica los modos de adquirir la propiedad en *originarios* y *derivativos*” (pág. 410).

La clasificación que interesa al presente trabajo, corresponde a los tipos derivativos, los cuales, de acuerdo a lo investigado por el acotado jurista, importan tres tipos: **a)** la *mancipatio*, para la *res Mancipi*, **b)** la *traditio* para la *res nec Mancipi*; y **c)** la *in iure cesio*, para una y otra categoría de cosas.

- a. Mancipatio**

“Llámesse *mancipatio* el negocio de enajenación de la *res Mancipi* cumplida la forma solemne del *gestum per aes et libram*, sus características tal como los describe GAYO, son las siguientes: En presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y púberes y del *libripens*, que porta la balanza, el adquirente –*mancipatio accipins*-teniendo en la mano un trozo de cobre – *raudusculum* – hace la ritual y categórica afirmación que la cosa le pertenece de conformidad con el derecho quirritario – *nuncupatio*- y que la compra mediante el cobre y la balanza de cobre; después golpea la balanza con el trozo de cobre *aes rude*, el que entrega al enajenante –*mancipiodans*-, como precio, con lo que asentía a la afirmación del adquirente. (Hernández Canelo, 2014, pág. 417).

El Doctor, **Max Arias Schreiber Pezet**, en su tercer tomo del Libro denominado Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Derechos Reales, acota: “Según Gayo, eran *res Mancipi* las cosas más preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales es que costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, (...)” (pág. 264), debe comprenderse que lo que podía ser pertenencia valiosa para el imperio romano era considerado *res Mancipi*, incluso los esclavos se transmitían como cosas con la formalidad descrita, mientras que las *res nec Mancipi* podían ser cantidades de dinero o animales no domesticados (en estado salvaje), es decir otro tipo de cosas.

La explicación de la formalidad descrita reposa sobre el derecho romano primitivo, sumamente rígido y estricto en el cumplimiento de los actos ceremoniales, lo que nos permite colegir la existencia de una clase de sistema regulatorio de las formas de transmitir la propiedad, originariamente formalista para las cosas más preciadas y de dominio romano.

#### **b. in iure cesio**

Tomando las palabras de Ulpiano, recogidas por Arias Ramos, en su libro denominado "Derecho romano" “La *in iure cessio* es enajenación común a las cosas *Mancipi* y *nec Mancipi*, que se hace con la intervención de tres personas: el cedente *in iure*, el vindicante y el que hace la entrega (o *addictio*)”. (Arias Ramos, 2014)

Se trataba de otro modo solemne de adquirir, el cual tenía pleno reconocimiento en el derecho civil, funcionaba como un proceso de reivindicación simulado (...). El adquiriente, quien poseía el rol de actor, debía reivindicar la cosa como si fuera de su propiedad, mientras el enajenante no ejercía oposición, ante tal actuación y sin oposición alguna,

el magistrado profería la *adictio*, otorgando la cosa a la parte que la había reclamado como propia. (Derecho en Red, 2013).

Este es otro modo de adquirir la propiedad en roma, que igual forma tiene similitudes con la anterior pues también posee el carácter ceremonial para la configuración o el traspaso de la cosa, siendo imprescindible la presencia de la cosa o parte de la misma que la represente; ello muestra la manera en que se maneja jurídicamente el aspecto de la adquisición de la propiedad.

### **c. la traditio**

(...), era un acto no formal (...) que en la época clásica solo se utilizaba para la transmisión de la *res nec menciipi*, pero con el derecho justiniano se aplicó a toda clase de cosas. (...) consistía, (...), en la entrega de una cosa hecha por el propietario-tradens- a otra persona- accipiens- con la intención de que este la adquiriera ocupando su lugar. (...) pronto se impuso en la legislación romana y fue desplazando a la mancipatio y a la in iure cesio (Hernández Canelo, 2014, pág. 420).

Se trataba da una forma de transmisión no formal, para las cosas que no eran res menciipi, sin embargo, se llegó a convertir en el modo de adquirir más usual para toda clase de cosas y también de transmitir las, en reemplazo de las dos formas precedentes, imponiéndose en Roma, a pesar de ser el más antiguo en el derecho natural o de gentes; esta forma difiere de las antiguas justamente en la falta de formalidad; sin embargo, aun así eran necesarios ciertos requisitos, como que el que realiza la tradición sea propietario, también la capacidad de los intervinientes, la voluntad y la entrega de la posesión de la cosa como requisito material; así lo expone el Tratadista Hernández Canelo, en la literatura citada; siendo un presupuesto “el traslado o remisión de la posesión del *tradens* al *accipiens*, que debía hacerse de modo efectivo, (...), y mediante la entrada personal en el fundo o en la casa si la transferencia era de un bien inmueble” (pág. 421), hecho que

manifiesta la importancia de la toma de posesión efectiva del nuevo adquirente en el derecho romano para que sea válida y es pues esto la razón de ser de la traditio.

Los tres modos de adquirir que se han contemplado tienen como finalidad ceder la propiedad; cada una de ellas presenta diferencias en las solemnidades empleadas para que sean válidas, esto es, características propias; sin embargo, con la similitud del necesario cumplimiento de la formalidad para lograr el fin propuesto, la transmisión del dominio, con la posesión real de la cosa; lo que necesariamente genera la idea de la existencia del sistema de transferencia.

Posteriormente, surgen otros modos de adquisición: (...). Era común también el “*circumambulare gleba*” o “*circumambulare fundum*” que consistía en que el adquirente realizaba un paseo alrededor del predio que adquiriría. Más tarde bastaría pasearse solo por una parte de la finca o echar una mirada sobre ella. La “*traditio longa manu*” o “*quedammodum manu larga*”, consistía en indicar al comprador la ubicación del predio que se iba a transferir desde un cerro.

“Todos estos sistemas fueron luego abolidos, manteniéndose tan solo la tradición como modo de transmisión de la propiedad” (Schreiber Pezet, 2011, pág. 264).

- **En Alemania y en Francia**

De igual modo el **Dr. Schreiber Pezet** (2011) además sobre el Sistema Romano, también señala que “fue seguido por las antiguas leyes españolas a través de las cuales fue incorporada a nuestro derecho” (pág. 264)., el relato del autor, se extiende también a la investigación que hizo acerca de la forma en cómo se transfería la propiedad en países como Alemania o Francia, es así que, ilustra diciendo: “En Alemania, (...) si se deseaba transferir una parcela era preciso que los jefes de las familias envueltas en la operación se presentaran ante los jefes y hombres libres de la tribu (...)” (pág. 265). En ese sentido

continúa diciendo que: “El sistema se iría perfeccionando hasta requerir la intervención del Estado en la misma posición del antiguo jefe de la tribu” (pág. 265). En el caso de Francia el autor nos dice que: “el antiguo derecho galo se inspiraba en el romano, empero, la tradición llegó a ser una ficción” (pág. 265). En cuanto a materia de inmuebles, el sistema francés, “(...) estableció que para transferir la propiedad de los inmuebles bastaba el simple acuerdo de voluntades. (sistema espiritualista)” (pág. 266).

Desde el enfoque que nos presenta el autor, se advierte que el modo de transferencia de propiedad inmueble tendría sus orígenes más remotos en Roma, con la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*, y después otras particulares formas de adquisición, habiéndose mantenido solo la tradición como modo de transmisión de la propiedad. De lo expuesto se puede colegir la influencia de la cultura romana. He considerado en esta descripción a los países de Alemania y Francia en donde las formas de transmitir propiedad también son distintas.

Sin duda alguna es necesario conocer las formas en cómo inicialmente se transmitía la propiedad, pues las que ahora existen deben ser un correlato de aquellas, situación que para el aspecto teórico es de importancia en la presente investigación. ¿Pues finalmente, de donde proviene nuestro modo de transferir la propiedad?, ¿del sistema romano o del Francés? Según lo expuesto nuestras raíces originarias provienen del sistema romano, pero con matices diferentes, ya que la tradición llegó a ser una ficción, pero ¿A qué se debe esa diferencia?. Pese a la diversidad de culturas o épocas se ha mantenido aunque de diversas formas la propiedad individual privada, lo que servirá a los propósitos del presente trabajo, pues es necesario conocer la forma en como actualmente se contempla a la propiedad.

## 2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DEL DOMINIO INMOBILIARIO

Larenz, citado por Gastón Fernández Cruz (1994), realiza una clasificación amplia de los sistemas de transferencia de propiedad, siendo él, quien los denominó Sistema de Unidad de Contrato y el Sistema de separación del contrato, “en atención a la cantidad de acuerdos de voluntades necesarios para operar la transmisión de la propiedad” (pág. 160). Freddy Escobar Rozas (2002), Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su artículo denominado *El contrato y los efectos reales*, al respecto agrega lo siguiente:

**El primer sistema** se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. **El segundo sistema**, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad (Escobar Rozas, 2002, pág. 46).

Existe una marcada diferencia entre estas dos clases de sistemas, que es la razón de ser de cada una; la característica principal consiste en la celebración de uno o dos contratos que provocaran la transferencia de la propiedad. Este punto es importante pues dependiendo a qué clase de sistema este circunscrito nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble, es la forma en que deba regularse y protegerse.

### 2.6.1. Sistema de Unidad de Contrato

En este sistema la transferencia de la propiedad solo se da por la celebración de un solo contrato. Dentro de este sistema de unidad de contrato, encontramos a dos sub sistemas: i) El sistema Transmisivo de **causa única** en el que encontramos al “Sistema Consensual o espiritualista”, en el que se inspira el sistema Francés, que detallaremos a detalle más adelante; y ii) El “Sistema Transmisivo de **Doble causa**” dentro de este ubicamos al “Sistema Real o de tradición de la unión del título y modo” y al “Sistema Registral Constitutivo no convalidante” (Vidal Ramos R. , 2011, págs. 120-122).

#### 2.6.1.1. El Sistema Transmisivo de causa única

El Maestro Roger Vidal Ramos (2011), en su disertación contenida en el Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil, artículo denominado *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Peruano*, indica que este sistema “establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga pública la adquisición de la propiedad” (pág. 121); de lo cual se puede colegir que es la voluntad suficiente para el “nacimiento del derecho del nuevo propietario; (...) adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios— está en la capacidad de producir efectos reales” (pág. 121).

Dentro de este, encontramos al **Sistema Consensualo espiritualista** en “Virtud del cual sólo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su más alto grado la autonomía de la voluntad (*hoy autonomía privada*)” (pág. 121).

### **Sistema Consensualista Francés**

La construcción narrativa que a continuación se presenta ha sido elaborada teniendo en cuenta un aspecto metodológico; por la extensión de la literatura consultada, se ha puesto para su conocimiento fidedigno los aspectos más resaltantes e importantes según la inclinación de la presente Tesis.

De la lectura del artículo titulado *Historia del sistema Francés de transmisión de la propiedad inmueble* elaborado por los Doctores: Felipe Osterling Parodi (2002), Presidente de la Comisión responsable del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984; y Mario Castillo Freyre (2002), profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se puede extraer a modo de resumen histórico que: la Francia revolucionaria que buscaba abolir la monarquía absolutista reclamaba como derecho primordial la propiedad privada que se consolidó con Napoleón Bonaparte, este derecho fue adoptado como “el principal de los derechos naturales del hombre. Se consagró en la práctica la sacralización del principio establecido en la Declaración” (pág. 03). La revolución francesa determinó la valoración del individuo sobre el absolutismo, “El afianzamiento del derecho de propiedad privada y su sacralización eran una consecuencia lógica de la revalorización de los individuos y del conjunto de sus libertades” (pág. 03) así lo han señalado los Doctores en mención.

El legado más importante de Napoleón para su país fue el Código Civil de 1804 que más tarde llevaría su propio nombre, buscó otorgar a su país leyes que consolidaran su estabilidad.

Francia concebía a la propiedad como un derecho natural, inherente al ser humano, “la idea del derecho de propiedad ocupaba un lugar preferencial dentro de la dialéctica del Código Civil Francés” (pág. 05) y su respeto era “un aspecto fundamental de ese nuevo Estado que sustituía al absolutismo monárquico. La libertad de acción de los individuos, (...), requería pasar necesariamente por ser una libertad sobre los propios hombres y sobre sus propios bienes” (pág. 06), ello porque en el antiguo régimen, esto es, “En los Estados despóticos, (...) los particulares no tienen ni libertad, ni voluntad, ni propiedad, (...)” (pág. 06).

Los comentarios compilados supra sobre la propiedad en Francia son extracciones de lo expresado por los cuatro integrantes de la Comisión nombrada por Bonaparte, para la elaboración del proyecto del Código Civil -Tronchet, Portalis, Bigot de Prémeneu y Jacques de Maleville (Castillo Freyre & Osterling Parodi, 2002, pág. 10). Cabe precisar que esta información es obtenida de la literatura de los autores de los cuales se está elaborando el presente resumen, esto es Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi(2002), continuando con la ilustración sobre la importancia que le brindaban a la propiedad los citados miembros de la Comisión reconocen “en el propietario el derecho de disfrutar y de disponer de su propiedad de la manera más absoluta” (pág. 10). Es por eso que establecieron en el Proyecto de Ley “que nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y mediante una previa y justa indemnización” (pág. 10). En el caso de las leyes Peruanas, nuestra constitución actualmente lo reconoce, sin duda alguna inspirada en los principios plasmados por la Comisión creadora del Código Napoleónico.

Este apartado tiene por finalidad desentrañar el pensamiento que dio origen a las leyes que Napoleón consideraba inmutables y que en su momento y luego de la dación del código nadie se atrevía a cuestionar, según relatan los Doctores autores del artículo que permite construir esta reseña, “por el deslumbramiento que ejerció sobre el medio jurídico francés” (pág. 13); leyes específicamente sobre la transferencia de la propiedad en Francia, que permitirá conocer el pensamiento del cual parte la doctrina del solo consenso en la transferencia de inmuebles, es decir, el punto de partida de esta doctrina ¿Qué motivó considerar a la voluntad como principal para la creación de los efectos obligacionales y reales con el solo contrato? Para estos efectos he buscado y tomado la doctrina de la propia comisión creadora del proyecto de Código.

El Artículo 1583 del Code refiriéndose a la compraventa señala:

"Es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio" (pág. 16).

(...) la Exposición de Motivos del Título IV, Libro III, relativa a la venta, estuvo a cargo, como vimos anteriormente, del Consejero de Estado señor Portalis, quien (...) expresó los siguientes conceptos: (...) "En los principios de nuestro derecho francés, el contrato bastaba, y sus principios eran a la vez más conformes a la razón y más favorables a la sociedad. (El subrayado es nuestro) (pág. 16).

Evidentemente se refiere al perfeccionamiento de la venta autentica con la sola concertación de voluntades, que favorecía los principios que la sociedad hizo suyos, de esto se habló extensamente a lo largo del trabajo, sin embargo aquí algunas precisiones hechas por Portalis en la exposición de motivos:

Distingamos al contrato en sí mismo, de su ejecución. El contrato en sí mismo está formado por la voluntad de los contratantes. La ejecución supone el contrato, pero ella no es el contrato mismo. (El subrayado es nuestro).

Se es libre de tomar una obligación o de no tomarla pero no se es libre de ejecutarla o de no ejecutarla cuando se le ha tomado. El primer deber de toda persona que se obliga es el de observar los pactos que ella ha consentido, y de ser fiel a la fe prometida. (El subrayado es nuestro) (pág. 16).

Estas líneas suponen para mí la principal razón de la adopción francesa, “la palabra garantizada en el contrato”, primero queda claro que por la voluntad plasmada en el contrato per se produce la venta, luego la ejecución es la consecuencia natural de esa venta, bajo la premisa del deber moral del obligado de cumplir los pactos, “sus propios acuerdos” premisa de fidelidad de la palabra, es decir primaba como un valor conforme a la razón, la confianza y la buena fe en la celebración de los contratos y su cumplimiento, pero eso no queda ahí, pues analizado este párrafo, el expositor de los motivos, afirma con contundencia que después de tomar la decisión de celebrar el contrato, este debe ejecutarse, en honor a la “fe prometida”, dado que “El sistema de derecho francés (...) tiene su base en las relaciones de moralidad que deben existir entre los hombres” (pág. 17). Además, hace una diferenciación entre la celebración del contrato y su ejecución ya que de acuerdo al artículo citado la propiedad se adquiriría, aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio. Consensualismo puro. El individuo es tan importante que cabe su sola voluntad para transferir la propiedad.

La idea expuesta es comprobada con la siguiente frase: “La obligación está consumada desde que la fe está dada; sería absurdo que le fuese autorizada a eludir sus obligaciones no ejecutándolas. (El subrayado es nuestro) (pág. 17). En tal sentido, los efectos de las obligaciones contractuales de venta se realizarían de acuerdo a la buena fe.

Castillo Freyre considera que:

“debido a la casi infinita importancia que se daba entonces al derecho de propiedad, (...) con relación a la obligación de transferir propiedad, (...) no se dejaba al deudor posibilidad de incumplirla; por lo que se constituyó en una obligación cuyo relieve le dio un carácter muy especial y exclusivo: la de ser la única obligación que la ley no permitía incumplir. A pesar de que en nuestros días este argumento no sea el más adecuado, resulta imposible negar que dicho principio pasó sin meditación

alguna a muchos países, dentro de los cuales se encuentra el Perú, cuyos Códigos Civiles -sin que esto implique un criterio peyorativo- no han hecho sino repetirlo” (págs. 17-18).

Esta cita permite comprender con claridad que existía un criterio exclusivo que era imposible de incumplir en las relaciones de transferencia, pues la palabra dado era sello inmutable del compromiso asumido y al que se daba por cumplido basándose en dicha presunción, es decir el ineludible cumplimiento de las obligaciones de propiedad estaba basado en las relaciones de buena fe, esta conclusión resulta evidente del propio contenido ut supra, que completa esta cita. La buena fe en el derecho de propiedad estaba contenido en el Código de Napoleón, en donde la confianza en la palabra otorgada era suficiente para tener la certeza del cumplimiento del deber asumido; en aquella época era creencia que este derecho francés civil contenido en el Código Napoleónico era el que encerraba todo el derecho Civil, no exista derecho civil sino derecho en el Código del Emperador francés. Entonces la buena fe civil de nuestro código es aquella que proviene del derecho francés en donde la fe prometida era suficiente; como bien se sabe ese contexto de adopción no es el mismo en que se sumerge nuestra sociedad ni de antaño, menos de ahora, no es posible confiar en la fe prometida, no obstante es un principio que debe observarse, sin embargo es necesario un signo externo que acredite fehacientemente la transferencia de propiedad en ese marco de la buena fe. Finalmente este texto permite concluir que en el código civil existe una buena fe en la relaciones contractuales, sin embargo en nuestro contexto no ha de entenderse como una buena fe subjetiva, sino una buena fe que pueda ser debidamente comprobada con la diligencia que debe tener aquel sujeto que adquiere, para brindar seguridad en las trasferencias de propiedad de inmuebles, lo que es muy diferente a la buena fe pública registral que solo verifica el aspecto formal del desconocimiento de inexactitud registral.

## **El contrato de Compraventa en el antiguo derecho Romano y Francés**

La propiedad como derecho natural, el individuo como eje central y el ejercicio de las libertades como legado de la revolución francesa son los ejes temáticos sobre los que se construye el nuevo pensamiento liberal, estas pequeñas líneas nos acercan a la siguiente interrogante ¿Qué ocasionó esta nueva concepción acotada sobre la propiedad en el código civil? Si bien el contexto histórico social que desencadenó la ideología liberal ambiente en que se creó el Código, conviene traer a debate al Maestro Mario Castillo Freyre, juicioso recopilador de la más fidedigna historia al respecto, ha realizado investigaciones sobre “el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés Pre-napoleónico” (pág. 18), en relación al contrato de compraventa. Esto lleva a preguntar ¿Qué relación existía entre el derecho romano y el antiguo derecho francés (pre napoleónico)?

Al respecto, narra que el antiguo derecho francés regulaba el contrato de venta de la misma forma que el derecho romano, es decir en principio la regulación de la compraventa en el derecho galo proviene de roma. Sobre la venta citando a Mourlon señala: “los jurisconsultos romanos definían a la venta como el contrato por el cual una de las partes se obligaba a entregar una cosa mediando un precio que la otra prometía pagarle” (pág. 18) frente a lo cual el autor se hace la siguiente pregunta: “¿qué era aquello que entrañaba la celebración de un contrato de compraventa en el Derecho Romano, para la Escuela Exegética Francesa, vale decir, cuáles eran los efectos de la misma?” (pág. 18) , la respuesta obtenida del mismo Mourlon fue en resumidas cuentas que “Ella producía obligaciones. Su efecto directo, inmediato, era el de hacer al vendedor deudor de la cosa vendida y acreedor del precio, y al comprador deudor del precio y acreedor de la cosa vendida. (...). Ella no desplazaba la propiedad” (pág. 18), este efecto ha llevado a considerar a varios autores como Mourlon, Baudry-Lacantinerie, Marcadé, Planiol y Ripert, Colin y Capitant que “la compraventa en el Derecho Romano no conllevaba la obligación, por parte del vendedor, de transferir al comprador la propiedad del bien

vendido, sino la de garantizarle su tranquila y pacífica posesión” (pág. 19). Por esto es que la venta de bien ajeno en el derecho romano era perfectamente válida. Los dos últimos autores señalaban además que no habría inconveniente dado que la propiedad podría ser lograda por una prescripción.

Baudry-Lacantinerie “sostiene que en el Derecho Romano el vendedor no contrataba la obligación de hacer al comprador propietario; (...) en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad” (pág. 19), este enunciado concretiza, lo que ha venido exponiéndose, la transferencia tenía una connotación posesoria de la propiedad, lo que importaba era su uso más allá de la denominación de compraventa, ellos no nombraban al contrato de transferencia como compraventa. Planiol y Ripert señalan que, si bien:

“(...) los romanos (...) se negaban a admitir como compra-venta el contrato por el cual las partes pactaran que el comprador se convertía en propietario; pero, entendían que la finalidad de la venta quedaba cumplida en cuanto el comprador tenía el libre disfrute de la cosa, aun sin haber adquirido la propiedad” (pág. 20).

Que, lo hasta aquí expuesto permite comprender que en la concepción de la compraventa en el derecho romano no se pensaba ni se admitía como uno de sus efectos la transferencia de la propiedad, ese contrato denominado compraventa venta no significaba conferir la propiedad sino solo “asegurar al comprador el disfrute pacífico de la cosa vendida” (pág. 20). Troplong considera que esto era así:

por la influencia del viejo Derecho Civil de la República, que era esclavo de las palabras (...), como este contrato tenía un sentido real y un fin positivo, aparte de toda necesidad de hacer al comprador propietario inmutable, se habría pensado que sería necesario permanecer fuera de

esta necesidad, a fin de no hacer decir a las palabras aquello que ellas no expresaban directamente (págs. 20-21).

El derecho civil antiguo romano quiritorio, no admitía amplitudes en cuanto a la interpretación de las nomas, era uno totalmente formalista, ponía prevalencia del contrato en la denominación misma, por esto en el contrato de venta solo se estipulaba la obligación de entregar la cosa, y “Como nada dentro de las fórmulas ordinarias y dentro de la calificación del contrato de venta implicaba precisamente la obligación de transferir la propiedad” (págs. 21-22), dicha transferencia quedaba fuera de esa regulación, pero si era posible una estipulación formal al respecto, sin embargó este contrato ya no sería uno de compraventa sino uno de carácter innominado, así lo entienden Marcadé y Troplong.

He ahí la principal razón de la nueva fórmula legislativa francesa, según la cual la compraventa transfería solo consenso la propiedad, sintieron “por tanto, que el fin de la venta era el de hacer al comprador propietario de la cosa vendida” (pág. 23).

Hasta el momento un segundo punto importante para los fines del trabajo, es haber conocido que la redacción francesa en el código napoleónico sobre la compraventa proviene de la disconformidad que tenía por la regulación hecha en el antiguo derecho Romano seguido por el antiguo derecho Galo, fue influenciado también sin lugar a dudas por el favorecimiento de la autonomía de la voluntad en el nuevo pensamiento liberal sobre la propiedad privada.

En tal sentido la compraventa en roma no transmitía propiedad, por lo que un cambio radical del derecho francés fue trasferir derecho de propiedad con el simple acuerdo de voluntades aunque no se haya entregado aun la cosa vendida ni pagado su precio; así lo entiende el Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Freddy Escobar Rozas (2002), cuando señala que:

La fórmula adoptada por el legislador francés, (...), en lugar de espiritualizar la tradición, suprimió expresamente la necesidad de que la misma sea efectuada para que opere la transferencia de propiedad. De esta forma, y probablemente sin estar consciente de lo que hacía el legislador francés estatuyó el principio del solo consenso (pág. 48).

Esto era acorde con los principios de la época para la cual era imposible pensar que no podía ejecutarse un contrato de esta naturaleza cuando los contratantes se habían ya comprometido a hacerlo; sin embargo, ¿Es posible ahora pensar en las mismas reglas, mirar este supuesto bajo el mismo lente que adoptó su concepción?

La diferencia que observo entre las dos normas jurídicas, es justamente la entrega de la cosa, mientras que en roma antigua solo bastaba la entrega de la cosa para que se perfeccione la venta sin que esta implique transferencia de propiedad, en la Francia napoleónica, ahora la entrega de la cosa no era necesaria sino solo bastaba la voluntad para transferir la propiedad y perfeccionar la venta, un cambio totalmente radical, que tuvo por finalidad únicamente a través de la compraventa transferir dicha propiedad, pero sumergida en los principios imperantes consideraron la fidelidad a la fe prometida como suficiente para creer que se realizaría la entrega de la cosa vendida. Ahora no podría pensarse sin objeción en la manifestación de la palabra dada como basamento de ejecución de obligaciones.

Es decir: a) En la roma antigua i) no se transfería propiedad, ii) si se entregaba la cosa vendida; b) en la Francia napoleónica i) si se transfería propiedad aun cuando ii) no se haya entregado la cosa ya vendida; la única finalidad fue hacer efectivo el cambio de propietario, de titularidad, fin perseguido por la Francia post revolucionaria y que se comparte totalmente, (pues para que querría un sujeto comprar un cosa inmueble sino es

para ser dueño de él), sin embargo haciendo un análisis de ambas normas y del contexto, para roma era imprescindible la toma de posesión para la configuración de la venta, hecho último que no fue considerado por Francia, “debido a la casi infinita importancia que se daba entonces al derecho de propiedad” (pág. 17), “preminencia a la voluntad humana”, y a “ las relaciones de moralidad”, de aquí podría partir la problemática que subsume el planteamiento de la presente tesis.

#### **2.6.1.2. Sistema Transmisivo de doble causa**

El Maestro **Roger Vidal Ramos (2011)**, en su disertación contenida en el *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, artículo denominado *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Peruano*, sobre este sistema, citando a Gastón Fernández Cruz, indica que:

“(…) el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de reconocibilidad social (...) consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos sólo pueden producirse a través de «actos de disposición». En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina «acto de obligación», «título» o «causa remota» (ej., el contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el «acto de disposición», «modo» o «causa próxima», por medio de éste la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej., la tradición, la inscripción, etc.) (págs. 121-122).

En este punto, queda claro, la distinción entre el acto de obligación que constituye la denominada causa remota y el acto de disposición, referida a la causa próxima, sin embargo ambas se encuentran concatenadas por la dependencia y necesidad de una con

la otra, dado que el solo acto de disposición sin el origen en el título que lo legitime a poseer en calidad exclusiva de propietario, solo constituiría transferencia de posesión no configuraría transferencia de propiedad, por lo que la causa próxima es su fase ejecutiva, es lo que a modo de ejemplo constituiría dos caras de una misma moneda. De las líneas transcritas por el citado autor se puede apreciar que en este tipo de sistema el acto de obligación puede ser la posesión o la inscripción registral, esto es importante en la presente investigación dado que está dirigida a estudiar principalmente el sistema consensual el cual ya fue desarrollado a profundidad, pero debe compararse con los otros sistemas que propone la doctrina y que han sido estudiados por varios juristas de renombre, pues esto ayudara a verificar si el que existe es adecuado según las necesidades sociales o si debe reformularse, teniendo en consideración que los dos sistemas hasta ahora tratados son variantes de un solo sistema mayor el de unidad de contrato por lo que existirían similitudes que debidamente configuradas podrían adecuarse a estas necesidades sociales con motivo del problema inmobiliario tratado, o quizá el sistema consensual, sí resulta adecuado a la realidad siendo otro aspecto del mismo el que deba corregirse en post de brindar mayor protección al legítimo propietario.

**Gastón Fernández Cruz (1994)**, Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú Universidad de Lima, en su artículo denominado *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*, citando las palabras de Barchi, señala que este afirma:

[ ... ] Decir que el efecto real es mediato, significa que no basta el acto que genera la relación obligatoria («acto de obligación»), sino que se requiere, además, otro acto a través del cual se produce el efecto real («acto de disposición»). A esto se denomina «teoría de la doble causa» o, más comúnmente, «teoría del título y del modo».

(...) dentro de estos sistemas, no basta el principio consensualístico para transmitir propiedad, siendo necesaria la ejecución de actos ulteriores como la tradición o la inscripción registral, que serían los únicos capaces de brindar una reconocibilidad social. En estos sistemas, pues, se privilegia la función publicitaria, por encima de aquella que persigue la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria. (Fernández Cruz, 1994, pág. 160).

Gastón Fernández Cruz, hace algunas acotaciones importantes sobre la funcionalidad de este sistema, entre ellas el favorecer la función publicitaria a través de signos externos de reconocibilidad social, pero a que se refiere con esto último?, la función publicitaria no significa exclusivamente la publicidad registral vinculado al principio registral de publicidad, sino a la publicidad que se puede dar por distintos medios, que para este sistema pueden ser la tradición en el que también perfectamente se puede apreciar un signo extremo que publicita el derecho del titular, o la inscripción registral, pero ¿cómo funciona esta última?, pues a través del registro público que también brinda publicidad, sin embargo los efectos tienen vinculación con el acto de obligación – contrato- pues ya se ha señalado antes, que son dos momentos de un mismo acto, como lo se desarrollará en líneas posteriores.

**Sobre el signo de Reconocibilidad Social** en este sistema: la tradición o la inscripción registral, Gastón Fernández Cruz (1994), agrega que:

La reconocibilidad social gira entonces alrededor de aquella tercera finalidad que nosotros decíamos debía cumplir todo sistema ideal de transferencia de dominio: la reducción de todo riesgo de adquisición de un «non domino» o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

Sin embargo, decíamos antes que la importancia y el modo cómo se entienda dicha reconocibilidad social es diferente en los sistemas jurídicos contemporáneos, dependiendo ello de su adscripción a la categoría general de los sistemas transmisivos de «causa única», a los de «doble causa», o a los de «causa abstracta» (pág. 160).

Esta última cita, tiene directa vinculación con el problema abordado, pues conviene establecer un signo externo: adecuado y eficiente para la protección del derecho de propiedad adquirido frente a la maximización de la circulación de la riqueza y el tráfico jurídico de inmuebles, en el sistema consensual ¿cuál es ese signo externo? y ¿el signo externo en nuestro país es acorde con el signo que debe tener ese sistema?, en otras palabras ¿el signo externo que tiene nuestro país es acorde al tipo de sistema peruano?, evidentemente las respuestas a estas incógnitas van surgiendo con el desarrollo de este contenido, el mismo que será luego materia de discusión. En tal sentido entiendo que un buen sistema publicitario de la propiedad, debe ofrecer un signo externo que haga posible excluir las adquisiciones a non domino y que permita mantener el derecho adquirido por existir un signo que tiene el reconocimiento de la sociedad y quien mejor que la sociedad para legitimar la posesión como manifestación externa de uno de los atributos de la propiedad.

Finalmente, para concluir la cita, dentro de este sistema de doble causa; se tiene los siguientes subsistemas:

**“Sistema Real o de tradición de la unión del título y modo”** que según el maestro Vidal Ramos (2011), es: “Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; (...) (artículo 947 de nuestro código civil valido para muebles)” (pág. 122);

**“Sistema Registral Constitutivo no convalidante”** al respecto, agrega:

En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado sólo para inmuebles por el sistema brasileño (artículo 676 de su C.C.) (Vidal Ramos R. , 2011, pág. 122).

Es en este sistema donde el signo externo de publicidad es el registro, pero como lo habíamos señalado antes, la inscripción no tiene como efectos convalidar los defectos o vicios que se originen en la relación obligacional, o causa remota, en tal sentido, la ineficacia se extiende al registro pudiendo resultar también invalido, este punto completa la idea anterior respecto de la vinculación que la inscripción tiene con el contrato. En ese sentido se aprecia una correspondencia coherente en donde al igual que el sistema consensual el registro no es constitutivo de derechos de propiedad, aspecto que difiere con la siguiente clase de sistema que se abordará.

Para finalizar con el sistema de unidad de contrato, lo estudiado hasta aquí nos indica que el sistema de unidad del contrato tienes dos grandes manifestaciones: La teoría del título y el modo y El sistema consensual: El primero deriva de Roma y es la primera manifestación, para cuyas transferencias operaba el título seguido de la tradición que era el modo, pero seguido de un “proceso de espiritualización” dio origen al sistema consensual francés; al respecto, señala el profesor Freddy Escobar Rozas (2002):

Con el transcurso del tiempo, y gracias a un proceso de espiritualización que afectó a la teoría del título y el modo, el sistema de la unidad del contrato conoció una segunda manifestación, signada por la desaparición de la tradición como elemento constitutivo del iter traslativo (pág. 48).

A esto es posible agregar que en la secuencia histórica en el derecho francés antiguo operaba la tradición para la transmisión de la cosa vendida como Roma lo había establecido con la teoría del título y el modo, en ese sentido no existía variación, sin embargo, “en Francia la entrega física de la cosa comenzó a ser reemplazada por el empleo de la cláusula *dessaisine-saisine*, insertada por el notario en las escrituras notariales”. (pág. 48). En ese sentido Escobar Rozas citando a Henri CAPITANT en su libro “*Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II.* señala que se trataba de una cláusula de desapoderamiento del vendedor sobre la posesión de la cosa y apoderamiento de la posesión por el comprador, por lo que “*Esta fórmula, sin embargo, en vez de positivizar la costumbre que había espiritualizado la tradición, terminó por consagrar un principio novedoso, que por primera vez le otorgaba al contrato la virtualidad de transferir directamente la propiedad*” (pág. 48), esta última cita concuerda con las antes expuestas, en que a pesar de la importancia de la tradición en la transferencia de la propiedad no se positivó su necesidad para que opere la transferencia sino se espiritualizó, mediante una cláusula contractual brindándole virtualidad de efectos obligacionales y reales al contrato per se.

### **2.6.2. Sistema de Separación de Contrato**

Freddy Escobar Rozas (2002), profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que “El sistema de la separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en Alemania del siglo XIX la teoría del título y el modo” (pág. 48), relata que en Roma existían dos formas “antagónicas sobre la naturaleza de la traditio” (pág. 48), una primera era la naturaleza casual, en decir, se necesitaba una iusta causa para la realización de la traditio, siendo el fundamento el “negocio jurídico (venta, donación, permuta, etcétera) anterior que precisamente obligaba al *tradens* a efectuar la traditio” (pág. 49). Alemania hizo suya tal interpretación pero “Con la promulgación del Code, esta última sufrió un mayor debilitamiento, en tanto que fue expresamente eliminada como requisito para que se produzca la transferencia de

propiedad” (pág. 49), aquí vemos la influencia del código de Napoleón donde no era necesario la entrega de la cosa sino solo el acuerdo de voluntades, y en esa línea la tradición dejaba de tener relevancia; por lo expuesto, en Alemania “Savigny formuló un planteamiento reaccionario, dirigido a recuperar el papel que la *traditio* tuvo como modo de adquisición de la propiedad” (pág. 49), para este ilustre interprete “la *traditio* transfería la propiedad de la cosa, sin que existiera una obligación previa que sujetara al *tradens* a la *necessitas* de entregarla” (pág. 49), considerando que “La *iusta causa*, (...), no era un requisito para la transmisión de la propiedad sino solamente un medio para constatar la existencia del *animus transferendi et accipiendi dominio* presente en la entrega de la cosa” (pág. 49), idea que Ihering defendió, para evitar “la posibilidad de que los problemas de invalidez del título afectasen la operación y perjudicasen a los terceros” (pág. 50), pues consideraba que tenía que separarse la causa de la operación para que una supuesto de nulidad no la afectase.

El Maestro Vidal Ramos (2011) acota que dentro de este sistema ubicamos “dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto” (pág. 123) De estos dos sistemas interesa en el presente estudio el primero de ellos, por el empleo en determinados actos jurídicos de nuestro sistema, principalmente por el uso en la inscripción de inmuebles. En tal sentido Gastón Fernández Cruz clasifica dentro del referido sistema al sistema Trasmisivo de causa abstracta, dentro del cual integra los sub sistemas señalados por Vidal Ramos, quien acto seguido reconoce esta clasificación al señalar que sobre el “grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano” (pág. 123) Observamos que aquí países como Alemania o suiza han optado por el sistema del registro y aun cuando no es el que para inmuebles acoge nuestro país, la institución del Registro propio del sistema mencionado ha adquirido relevancia también en la transferencia de inmuebles por las consecuencias que desbordan la consensualidad cimentada en el sistema Francés; pues, tal adopción se basa en la

seguridad que otorga la inscripción. Esta clasificación quizá no sea la más práctica, pero desde el punto de vista metodológica resulta ser la más adecuada.

#### **2.6.2.1. Sistema Transmisivo de causa abstracta**

Gastón Fernández Cruz (1994), expone sobre el sistema Transmisivo de causa abstracta como subsistema del de separación de contrato, lo siguiente:

En estos sistemas, la causa atributiva de propiedad es independiente de la causa remota que le dio origen, llegando a configurar una verdadera abstracción de la misma, con identidad propia, construyéndose una nueva concepción de seguridad dinámica bajo una presunta conformidad entre función constitutiva de la propiedad y función publicitaria (págs. 12-13).

El párrafo precedente, brinda una idea de la denominada causa abstracta; sobre el referido sistema se observa una palmaria diferencia entre la causa remota la cual es la iusta causa plasmada en el contrato y la constitución de la transmisión de la propiedad que se realiza con un acto ejecutivo, (el cual de acuerdo a la cita se convierte en una abstracción de la causa remota) otorgándole seguridad al negocio por el signo que exterioriza la voluntad de transferir, aquí señala el comentado autor que “la reconocibilidad social, tiene también otro contenido y otro alcance” (pág. 12), que para estos casos es la inscripción en el registro con lo que se configura la transferencia de propiedad, al mismo tiempo que el registro es el modo de publicitar ese derecho recién constituido con su inscripción, por lo que con la inscripción registral se constituye el derecho de dominio.

**Freddy Escobar Rozas (2002)**, en su artículo titulado *El Contrato y los Efectos Reales* citando a Kart Larenz por su libro *Derecho de Obligaciones*; sobre el sistema de Separación de Contratos, indica:

De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia.

El sistema de la separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real (pág. 50).

El sistema de causa abstracta opera de un modo totalmente distinto al que rige las relaciones de transferencia en el derecho material civil, tiene un fundamento basado en acciones legales desligadas, por lo que si la causa que dio origen al negocio tuviera algún error jurídico que lo invalidara, no involucra lo que quedó constituido (el derecho de dominio) con la inscripción en el registro, dado que el derecho de propiedad o su transferencia se configura con su inscripción al tiempo que se publicita.

Este otro gran sistema de separación de contratos, hace una diferencia en los momento o iter traslativo del dominio, pues en este no existe vinculación entre el contrato obligacional y el “acto abstracto, en el que las voluntades de transferir y adquirir no hicieran referencia alguna a la causa de la operación” (pág. 49) como señalara Ihering, segundo contrato que resulta una total abstracción de la iusta causa a la que Savigny le otorgó en esta línea de pensamiento una posición más modesta, pues a diferencia de la primera teoría no son dos momentos concatenados de un mismo acto; La cita empelada

de una forma más sencilla precisa en que consiste este segundo gran sistema al tiempo que complementa la cita anterior.

Cabe acotar como cita conclusiva empleada por Roger Vidal Ramos (2011) en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil, que:

Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese invalido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad (El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, pág. 123).

Con esta tercera cita, se han descrito las características más saltantes que definen a un sistema constitutivo registral convalidante, que en el presente trabajo de investigación se estudia a fin de conocer su utilidad y su funcionalidad por ser el sistema que muchos han considerado su implementación por las bondades que ofrece, tal es el caso de la inscripción registral y la seguridad en el tráfico de bienes; sin embargo conviene preguntarse si ¿para nuestra realidad jurídica y social, es idóneo este sistema?, esta pregunta esta directamente vinculada a la problemática que se seguirá estudiando a lo largo de la presente tesis, por lo que habiendo tratado los tipos de sistemas existentes, el siguiente apartado será estudiar el sistema que nos gobierna como forma de aproximarnos a la resolución de las interrogantes hasta hora planteadas.

## **2.7. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: ASPECTOS NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES**

Luego de haber conocido las clases de sistemas de transferencia de propiedad inmueble y las características de cada una de ellas, conviene revisar el que rige nuestro orden jurídico y las cuestiones relacionadas con la problemática que aqueja nuestra investigación

### **2.7.1. La transferencia en el Código Civil Peruano**

El sistema de Transferencia Peruano, influenciado por el Code de Napoleón, adoptó para la transferencia de inmuebles el consagrado sistema espiritualista francés; es así que, conforme lo expone Vidal Ramos (2011), el antecedente del artículo 949° del actual Código Civil es el artículo 1172° del Código Sustantivo de 1936, que reglamentaba “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario” a su vez ratificaba el artículo 1308° del Código Civil de 1852, de influencia Francesa el cual “considera que sólo el consentimiento *consensus* era necesario para poder transferir la propiedad inmueble” (pág. 128). El sistema del consentimiento para la transmisión del dominio ha operado en nuestro ordenamiento como norma legal que se ha mantenido regulada en la forma prevista por la Francia revolucionaria, el acuerdo de voluntades resulta ser la regla que rige la relación contractual por el cual la sola obligación genera en el acreedor el derecho de reclamar lo que se constituye como suyo, pero no olvidemos que se debe constituir válidamente con la concurrencia de los elementos que hacen legítimo al propietario, entre ellos el poder de disposición de la cosa que se vende, así como la titularidad real y actual de quien cede en venta, envuelto en la directriz de la buena fe, aspectos que en su momento se desarrollaran.

El actual texto que recoge el sistema de transferencia adoptado en nuestro país está contenido en el **artículo 949°** del acotado cuerpo de leyes, que instituye:

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

**Max Arias Schreiber Pezet** (2011), en su libro denominado: *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, respecto al sistema de la transmisión de la propiedad inmueble, señala:

Siguiendo la tradición impuesta por el artículo 1172 del Código Civil de 1936, el legislador de 1984 mantiene un sistema original según el cual por el hecho de nacer la relación obligatoria de la cual surge la prestación consistente en transferir la propiedad, se produce la transmisión inmobiliaria, a pesar de que desde 1925 Alfredo Solf y Muro propiciaba la obligación de la inscripción de la transferencia de inmuebles como acto constitutivo del dominio inmobiliario. (...), Oleachea sostenía la inconveniencia de la implantación del sistema, (...), temperamento que finalmente prosperó. (pág. 257).

Según refiere el autor, nuestro Código Civil actual recoge un sistema por el que, el hecho del nacimiento de la relación obligatoria, produce la transmisión inmobiliaria, sin que sea necesario el acto de inscripción para constituir el dominio, pese a que el Maestro Alfredo Solf y Muro propiciaba la obligación de la inscripción; lo expuesto se relaciona con mi planteamiento del problema ya que, no obstante la regulación civil vigente, en la practica la carga de la no inscripción en el registro correspondiente puede resultar en la perdida de la propiedad adquirida no solo legal sino también legítimamente, y por ende podría darse el despojo de un legítimo propietario, en razón a ello como se ha

podido apreciar algunos autores propician la inscripción registral convalidante como forma constitutiva el dominio.

Del mismo modo, el Maestro **Aníbal Torres Vásquez (2016)**, en la *Octava Edición del Código Civil II. Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas Legislación Complementaria* al hacer el comentario sobre la Tránsito de bien inmueble ha señalado lo siguiente: “El Código (...), para la adquisición de la propiedad inmueble, al igual que los códigos derogados de 1852 y 1936, adopta el sistema espiritualista del derecho francés (art. 949); (...)” (pág. 409)., en este apartado indica que el Código sustantivo abandonando el sistema del Derecho romano del título y el modo (consentimiento y la *traditio*), ha adoptado el sistema espiritualista del derecho francés para la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, con lo que pone de manifiesto el sistema legal de transferencia de propiedad adoptado por el Ordenamiento Civil Peruano que rige en el quehacer jurídico.

La cita de estos reconocidos juristas y doctrinarios refiere la clase de sistema que actualmente de acuerdo a nuestro código, ostentamos. Esto es, normativamente, se inclina por la transferencia solo consensus.

#### **2.7.1.1. Problemática del Sistema Consensual**

No obstante lo acotado, actualmente el ente Registral en aplicación de algunos principios como el de publicidad y sobre todo buena fe pública registral, la no inscripción de la compra de un inmueble (inscrito) puede generar que aquel tercero que adquiere de quien figure en el registro como propietario aunque en los hechos no lo sea, pero ilegítimamente vende un bien inmueble, sea protegido contra la anulación u otros del título por causas que no consten en el registro.

Sobre este asunto la Magíster **Elizabeth Amado Ramírez** (2011)- Docente USMP- en su artículo denominado *¿Es necesaria la inscripción de la transferencia del inmueble en el Registro Público?* acota:

Entonces, surge una interrogante: **¿la sola obligación de enajenar el inmueble realmente me hace propietario de éste bien? Pues, indudablemente, no.** Porque, lo que sucede en la práctica, es una situación distinta a la consensualidad planteada por el artículo 949 del CC; es más, existe inclinación en la población peruana, y primordialmente en la Limeña, de optar por el sistema constitutivo para los bienes inmuebles, en vez de optar por el sistema declarativo. Resultando, necesario y preferible, que si uno adquiere un bien inmueble, registrarlo en el registro inmediatamente, porque, de no hacerlo, corre el riesgo de perder el derecho de propiedad sobre dicho bien, y con mayor razón, si el vendedor transfiere el inmueble a otra persona, y ésta logra inscribir su derecho de propiedad ante el registro antes que el primero, van a competir dos derechos: el derecho real y el derecho registral” (Amado Ramírez, 2011, pág. 01).

La autora señala que de no inscribir el derecho de propiedad se corre el riesgo de perder el inmueble adquirido aún más si es transferido a un tercero, por lo que deberá inscribirse ¿inmediatamente?, esto es, no en pocas ocasiones una desconcertada realidad, pero ¿Será la única solución inscribir el derecho ¡inmediatamente! a pesar de tener un derecho real de propiedad que por sus cualidades es absoluto y pleno, aun mas cuando la propia ley dice la sola obligación de enajenar otorga el derecho de propiedad? Entonces ¿Es posible tener que estar a la expectativa y como si acorralados por la inseguridad de nuestro sistema debamos inscribir nuestro derecho como si de eso dependiese mantenerlo?, ¿Se debe entender que el derecho de propiedad llegaría al extremo de consolidarse como verdadero cuando se inscriba?; donde queda el poder del verus domino y la persecutoriedad erga omnes sobre la cosa; si bien es cierto, la inscripción registral es un método de publicidad y de reconocibilidad social que el sistema registral constitutivo convalidante aplica para la adquisición de inmuebles en los estados en que funcionan,

este propiciado en Alemania por Savigny se aleja de lo que la legislación romana quiso regular, en tal sentido en mi opinión atendiendo a lo vertido hasta aquí por la historia de la formación de los sistemas considero que no necesariamente se acomode a nuestra realidad actual, además cabría analizar si el sistema de la teoría de la doble causa (título y modo) funcionaria también encausándolo adecuadamente.

Por otro lado la teoría consensual también se aleja de la establecida en roma, sin embargo esta pertenece a la categoría mayor del sistema de unidad del título y modo, por lo que es compatible con la de doble causa en sus raíces; ello no quiere decir que el sistema Alemán no sea adecuado para evitar inseguridad jurídica, pues al parecer sería una especie de sistema perfecto, simplemente no es el más conveniente de acuerdo a nuestra realidad.

Es así que lo construido anteriormente ha permitido exponer el siguiente apartado sobre los inconvenientes de la implementación de este sistema.

#### **2.7.1.2. Crítica a la implantación de un sistema Constitutivo Registral Convalidante**

Gastón Fernández Cruz (1994), profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su publicación titulada *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*, expresa:

(...). En nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de

la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas (Fernández Cruz, 1994, pág. 152).

Ante la existencia de un registro debidamente constituido, el adquirente tendrá plena confianza en la seguridad que le otorga, dada la constitución de la propiedad con la inscripción registral, lo que supondría que previa inscripción de la venta debe tenerse la certeza que el bien está registrado, coligiéndose también que no podría efectuarse la transferencia de la propiedad y la traslación del dominio si el bien para el registro no existiera, todo esto nos da la connotación de la presencia de un sistema perfecto en el que la inseguridad jurídica en la adquisición de propiedades inmuebles sería casi nula; sin embargo; en nuestro País, si bien contamos con el Registro como institución, la realidad auténtica nos advierte presencia de informalidad inmobiliaria, en tal sentido no todos los bienes están registrados, y frente a los que lo están se han suscitado una serie de problemas de adquisiciones a non domino y protección del tercero registral de buena fe amparados en el Registro Público aun cuando los efectos de este no son constitutivos de la propiedad; siendo así en muchos casos lo que publicita el Registro no determina la verdadera situación jurídica del inmueble, encontrándonos ante una verdad formal y una verdad material, con la que actualmente se batalla ante la presencia de actuaciones fraudulentas.

Por lo que sería inconsistente y fuera de la realidad implementar ahora al registro no solo como institución sino como parte del sistema de transferencia.

A respecto, Alfredo Bullard (2006), en: *“Derecho y Economía” el análisis económico de las instituciones legales*, señala:

Los sistemas registrales constitutivos enfrentan diversos inconvenientes, algunos vinculados al costo de su implementación

(costos administrativos, la necesidad de un catastro, el costo de inscribir las propiedades no inmatriculadas, etc.) y otros que derivan de la falta de una “cultura registral”, por lo cual las transferencias de propiedad, sobre todo en zonas rurales (pero no exclusivamente en estas), se hace por costumbre fuera de Registro. Puede ser contraproducente, por tanto, exigir este trámite para que opere la transferencia inmobiliaria” (Bullard Gonzales, 2006).

Algunos autores han mostrado contundentemente la imposibilidad de implementar el sistema registral a pesar de las bondades y de ser como algunos lo llaman el sistema más perfecto de seguridad jurídica, lo que no quiere decir que este no pueda ser con el tiempo y con una política de estado pro activa implementado progresivamente hasta lograr que cada inmueble cuente con su respectiva partida permitiendo la viabilidad del anhelado sistema registral Constitutivo, hasta entonces debe emplearse un mecanismo legal de protección eficiente del derecho de propiedad.

### **2.7.1.3. Aspectos legislativos de la transferencia de la propiedad inmueble en relación con las normas civiles que se concatenan**

Pero el verdadero conflicto se ha suscitado después de la promulgación del Código de 1984, pues, pese a lo prescrito en el ya citado artículo 949°, no pocos autores discuten y se preguntan: ¿Cuál es el sistema que realmente está vigente en el Perú? Esta hesitación (duda) es natural si contraponemos el artículo 949°, principalmente con los artículos 1402°: “El objeto de los contratos es crear, modificar o extinguir obligaciones”; 1529°: “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”; 1549°: “Es obligación esencial de vendedor perfeccionar la transferencia de propiedad del bien”; 1567°: “El riesgo de la pérdida de los bienes ciertos, no

imputables a los contratantes, pasa al comprador desde el momento de su entrega”; 1135°: “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo (...)”. Son estos dispositivos legales los que ponen en duda sobre el sistema de transferencia de propiedad que rige en el país. Y los que han originado dos corrientes al interior de nuestra legislación civil.

1. Los que se inclinan por el respeto y vigencia fáctica y jurídica del artículo 949°, a los que se les denomina realistas o consensualistas.

2. Los que enarbolan como bandera la del sistema de la yuxtaposición del título y el modo, por considerar que no existe posibilidad jurídica ni efectiva de que los contratos, en el Perú, pueda generar efectos reales o traslativos, denominados los obligacionistas (todo el ordenamiento civil contractual peruano es obligacional)

En relación a estas dos corrientes, el maestro Mario Castillo Freyre, citando al Dr. Manuel La Puente y Lavalle (2003), en su libro *Estudios Sobre el Contrato*, ha señalado que el contrato en el derecho civil peruano, jamás puede producir efectos reales, es creador de relaciones jurídicas obligacionales que subsisten después de la celebración de este, indicando que es “la relación obligatoria nacida del contrato, (...) lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato”, poniendo como ejemplo a la compraventa señala que “no es este sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él” (pág. 19); concluyendo que los efectos de los contratos son meramente obligaciones y no puede dársele otra connotación; en ese sentido si consideramos que la compraventa es un contrato nominado, este tendría efectos obligaciones, con la claridad que sus efectos se producen por la relación jurídica creada por el contrato, lo que no niega “la posibilidad de que la obligación pudiera consistir en la transferencia de un derecho real” (pág. 20); por lo que la transferencia de algún derecho real (actividad humana de dar, hacer o no hacer), en este caso del derecho real de propiedad, constituye el objeto de la prestación que se realiza en la etapa de ejecución de

la obligación creada por el contrato según su finalidad obligacional (crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas).

En este punto cabe tener presente que los autores citados también indican que no debe confundirse celebración y perfeccionamiento, aunque son términos que parecen ser iguales, son diferentes pese a que “en algunos casos pueden darse en el mismo instante” (pág. 14); la celebración del contrato consiste en la declaración conjunta de voluntad común (consentimiento), mientras que el perfeccionamiento se da cuando los efectos del contrato son patentes, es decir, son eficaces, “crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial” (pág. 14).

En tal sentido, como quiera que sea, ya sea la inclinación a la doctrina realista (consensualista) u obligacionista (yuxtaposición del título y modo), ambas se encuentran dentro de la teoría de la unidad del contrato, por lo que la finalidad o alcances son los mismos, la transferencia independientemente de la inscripción registral. En lo que a mi postura personal respecta, el estudio del problema de la transferencia está enfocando desde la consensualidad legalmente aceptada en nuestro país; sin embargo, de acuerdo a los antecedentes y el origen romano, la teoría de los obligacionistas está justificada objetivamente y además nuestro cuerpo legal civil adopta para los contratos el efecto obligacional que producen. Finalmente ambas doctrinas difieren en aspectos puramente teóricos explicativos como lo es, el hecho que para el primero de los casos la propiedad se perfecciona con el consentimiento y para el segundo, el perfeccionamiento es otra etapa que puede coincidir con la concurrencia de voluntades, sin embargo tales aspectos no conducen a ninguna ni opuesta diferencia práctica, dado que la transferencia se produce fuera de la inscripción registral, que es principalmente el punto fuerte para la defensa de la propiedad del verus domino, analizando otros aspectos relevantes del mismo o del tercer adquirente que permitan dirimir el conflicto.

Específicamente sobre el artículo 1135° del Código Civil:

Cabe acotar que el artículo 1135° del Código Civil es aplicable para las situaciones de concurrencia de acreedores los que no necesariamente tendrán títulos similares o derechos similares sobre el mismo bien, en tal sentido puede tratarse de un contrato de compra venta, una donación, un arrendamiento, o en virtud de la ley. No obstante, cuando se trata de pluralidad de propietarios, esta situación es regulada por las normas contenidas en los libros de derechos reales y Registro Públicos.

La interpretación brindada a este artículo ha sido extraída por la Corte Suprema de Justicia de la República en la **Casación N° 1617-99-Lima**, publicada en el diario oficial el peruano el 01 de setiembre del 2000, la que permite evitar una interpretación acomodada y seccionada del derecho común, pues las reglas aplicables en la sección primera del libro sexto del código civil, regula las obligaciones en general, es una norma de carácter general que frente a situaciones particulares tiene sus excepciones, véase el caso específico de concurrencia o pluralidad de propietarios en donde deben aplicarse las normas vinculadas a los derechos reales y a los registros públicos.

A continuación, lo que textualmente establece la Casación en mención:

La sección primera del libro sexto del Código Civil regula las obligaciones en general, debiendo entenderse que el Artículo 1135°, desde una perspectiva exclusivamente obligacional regula la hipótesis de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores como consecuencia de una obligación de dar, la cual puede surgir, por ejemplo mediante un contrato de compraventa, donación, arrendamiento, o en virtud de la ley; por lo tanto la citada norma solamente ofrece una solución obligacional al caso de concurso de acreedores, debiendo entenderse que los casos de pluralidad de propietarios se regula por las normas contenidas en los libros de derechos reales y registros públicos (subrayado nuestro) (161Co).

El enunciado permite apreciar una correcta interpretación del artículo 1135° del Código, sobre cómo debe entenderse el referido dispositivo, ya se ha indicado que no se

trata exclusivamente de un supuesto de plural propietarios, ni de sujetos que ostenten el mismo título, sino títulos que pudiendo ser de diversa naturaleza generan ciertos derechos sobre el bien; entonces, si estamos ante un propietario y un arrendatario, así el derecho de propiedad tenga superioridad sobre cualquier otro título que de derecho de uso como el arrendamiento, el dueño debe respetar los pactos contraídos por el lapso que dure el contrato, vemos que esta norma regula supuestos donde el acreedor no siempre se ampara en un título que sea de propiedad.

Esta aplicación es así y se justifica en que existe una diferencia entre derechos reales y derechos obligacionales:

### **Derechos reales y derechos obligacionales**

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

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de él, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a trastes de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza

transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal.

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la pérdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de obligación, por cuanto ellos subsisten transformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. de otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal.

Finalmente, debe destacarse que los derechos reales son oponibles a todos (*erga omnes*) y los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, específico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos. (Vidal Ramos R. , 2011, pág. 118).

Para tener noción más clara sobre los mentados derechos reales y de obligaciones, la descripción que hace Vidal Ramírez nos sitúa en los casos en los que estamos frente a relaciones entre sujeto objeto directamente, o entre sujetos en calidad de acreedor y deudor, de este modo diferenciamos que los supuestos comprendidos en el artículo de concurrencia de acreedores se refiere a relaciones obligacionales, tanto más si ésta es la ubicación en el texto civil; entendemos entonces que el nombrado artículo 1135° no reglamenta disputa de titularidades de dominio con diferente título en que uno de ellos se basa en inscripción registral. En caso de la existencia de más un propietario que por supuesto reclama el derecho, en razón a la naturaleza de la relación jurídica, es decir,

encontrándonos con una vinculación directa entre el sujeto y el bien (objeto) debe regularse el hecho con las normas que previene el libro de derechos reales.

Roger Vidal Ramírez, citando a Ferrero Costa brinda las diferencias citadas. En tal sentido, el artículo 1135° interpretado sistemáticamente y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, no es óbice insalvable para la defensa de la propiedad en los términos que estoy planteando y que posteriormente desarrollare. En este apartado queda establecido que el artículo referido a la concurrencia de acreedores no se opone a la disposición de la transferencia solo *consensus*. No obstante haberse saltado esta vaya, queda aún la interpretación acerca de la pluralidad de propietarios de acuerdo a las normas de los derechos reales y contrastado también con los registros públicos.

Sin embargo, Julio Pozo Sánchez (2018), en el libro *Summa Civil* recoge la **Casación N° 2409-98-Callao del 09 de junio de 1999** en el que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República ha señalado que entre los derechos reales y personales no existen diferencias sustanciales llegando a existir vínculos entre ambos:

“si bien existe diferencia, también está íntimamente vinculadas, pues incluso, se hable sobre caducidad de esta distinción (Avendaño Valdez), como se advierte por ejemplo, en la diferencia entre el arrendamiento (obligacional) y el usufructo (real) sin reparar en que cuando el contrato de arrendamiento faculta a subarrendar (al conceder el arrendatario facultades de usar sirviéndose del bien, y disfrutar percibiendo la renta derivada del subarrendamiento) está dando lugar, al derecho de usufructo, de la misma forma en que el contrato de compraventa (obligacional) da lugar al derecho (real) de propiedad, pues como dice Alfredo Bullard”ni en la naturaleza ni en los efectos, encontraremos diferencia importante” entre la relación obligacional y la real (...)” (Pozo Sanchez, 2018, pág. 876).

Finalmente, retomando el tema de la concurrencia de acreedores, ha quedado aclarado que el artículo 1135° del Código Civil se aplica “cuando un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien inmueble”, como lo ha señalado la **Casación N° 3467-2012-Lima** del 27 de mayo de 2014, en el libro antes referido. En sentido contrario según la **Casación N° 528-2006-Junin** del 12 de setiembre del 2006, no se dará el caso de concurrencia de acreedores en el supuesto en que “existe un nuevo titular del bien, que es la actora tercerista, siendo que es su derecho real el que no corre inscrito en los Registros Públicos, sin que ello no signifique que no sea la titular del bien”; en este caso existen dos títulos distintos, uno de propiedad y otro un embargo en forma de inscripción, pero no hay concurrencia de acreedores sino que concurre acreedor y nuevo titular, por lo que no se aplicaría esta figura.

En relación a los artículos 15429° y 1549° del Código Civil, la Jurisprudencia de la Corte Suprema en la **Casación N° 3041-2008-Puno** del 16 de octubre del 2008; ha señalado:

“El contrato de compraventa, por su naturaleza consensual, se forma por el acuerdo en la cosa y el precio, pues como prescribe el artículo 1529 del Código Civil, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad al comprador y este se obliga a pagar su precio en dinero” (Pozo Sanchez, 2018, pág. 1125).

Por su parte la **Casación N° 4010-2001-Lima**, sobre el perfeccionamiento de la transferencia, ha señalado que:“(Si) bien en virtud del artículo 1549 del (...) Código Civil es obligación del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, mediante el otorgamiento de un documento o la correspondiente Escritura Pública; (...)”

(pág. 1137); En ese mismo sentido la **Casación N° 3054-2009-Lima Norte**, ha señalado que:

Reiterada y uniforme jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que si bien el contrato de compraventa es uno de carácter consensual o con libertad de forma, (...), la escritura pública constituye el cumplimiento de una formalidad de la celebración de un contrato pre existente, ello en interpretación concordada con el artículo 1549 del Código Civil, según la cual es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, obligación que comprende también el cumplimiento de la formalidad respectiva de otorgamiento de escritura pública (Pozo Sanchez, 2018, pág. 1137).

#### 2.7.2. Sistema de Transmisión de la propiedad inmueble en el ordenamiento jurídico Peruano: Posiciones doctrinales

Con el fin de recoger algunas opiniones sobre el tipo de sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria, tomamos lo indicado por **Roger Vidal Ramos** (2011), en el *Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil* en su artículo denominado: *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano*, señala:

La doctrina peruana se encuentra dividida en dos sectores: uno de ellos opina que el sistema peruano de adquisición de la propiedad está articulado en la aplicación de la teoría del título y el modo para el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión solo consensus 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 bienes inmuebles debe aplicarse la teoría del título y el modo (pág. 120).

Podemos verificar que la doctrina concuerda en la teoría aplicada para bienes mobiliarios; pero un sector afirma que la teoría del consenso sistematiza la transferencia de inmuebles, mientras que el otro sector para inmuebles no reconoce que dicha teoría sea la más adecuada, aun así el término debe nos informa que su posición es porque se aplique la misma teoría de doble causa.

Desde el punto de vista doctrinal, de acuerdo a la cita expuesta, aun no existe un consenso entre qué teoría debe aplicarse para la adquisición de bienes inmuebles, si la teoría del título y modo o la del solo consenso, sin embargo legislativamente el Código Civil ha adoptado una posición al respecto, hablamos de la teoría francesa espiritualista; de cualquier manera, sea de una o de otra forma es importante para la investigación del presente trabajo analizar esta situación que permite tener un panorama claro acerca de uno de los principales referentes de estudio, nuestro sistema de adquisición de la propiedad inmueble en el Perú.

El maestro Vidal Ramos (2011), ha indicado la posición de destacada doctrina nacional. Al respecto, cita al profesor Miguel Torres Mendez quien *indica que el artículo 1529 del Código Civil consagra el régimen del título y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble* (pág. 131), sobre el contrato de compraventa indica que este tiene efecto solo obligacional, como título válido, requiriendo *de una actividad concreta (modo), que sería la entrega* (pág. 131) sin embargo la entrega no está legislada como acto de ejecución que perfeccione la transferencia de la propiedad inmueble; no obstante el debate se centra justamente en considerarlo como una probabilidad, aun cuando no se consagra de esa forma.

El Doctor **Jorge Avendaño Valdez**, citado por Roger Vidal Ramos, se ha pronunciado de manera similar al indicar que:

el título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título (Vidal Ramos R. , 2011, pág. 139).

Este autor, es parte de la doctrina que considera que la transferencia de inmuebles debe pasar por la teoría de la doble causa, observamos una vez más cómo los autores desarrollan la misma teoría y de esa manera juristas que acto seguido se indican. Nótese la importancia que tiene el modo.

Esta acotación no difiere de la expuesta anteriormente, ambas compartiendo la diferencia entre el título y modo como dos etapas distintas del contrato de transferencia de propiedad; esto es, asumen la postura que reconoce al título y modo; aunque no nos dice cuál es ese “hecho determinante que produce la traslación”.

**Beltran Pacheco** (2001), considera que *“el sistema adoptado, según la mayoría de la Doctrina y que será desarrollado posteriormente, es el de unidad del contrato en la modalidad de yuxtaposición del título y el modo”* (pág. 80), así lo ha señalado en su Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú titulado *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984*, quien citando las líneas de **Manuel de la Puente y Lavalle** en El contrato en general: comentarios a la sección segunda del Libro VII del Código Civil. Vol.XI Primera Parte-Tomo III; señala:

Para la adquisición de derechos reales nuestro Código Civil ha adoptado la teoría del título y el modo según la cual cuando se celebre un contrato tendente a la adquisición de un derecho real... esta adquisición no se produce por el solo efecto del contrato, sino que hace falta, además, la tradición del bien (Beltran Pacheco, 2001, pág. 80).

De esta cita, se puede agregar que el Dr. La Puente y Lavalle refiere que la tradición es el modo de adquirir la propiedad, esta sería la causa próxima o directa; mientras que la causa remota sería el contrato. También en defensa de la adopción de la teoría del título y modo.

A su vez La Puente y Lavalle cita a Albaladejo para explicar en que consisten los elementos que conforman esta teoría, el título y modo; así Beltran Pacheco, continúa diciendo:

*Como dice ALBALADEJO, título es el acto jurídico (el contrato) por el cual se establece la voluntad de transferir el derecho; y modo es la conducta (la entrega) mediante la cual se realiza efectivamente la transferencia. Sin título previo el modo no transfiere el derecho real. Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para esa transferencia. Se necesita pues, la conjunción de los dos elementos para que la transferencia de la propiedad pueda producirse.." (Beltran Pacheco, 2001, págs. 80-81).*

Esta última cita de los defensores de la teoría de yuxtaposición, no hace más que reforzar las antes ya expuestas, va en el mismo sentido de indicar los momentos en que se produce el título y el modo; Un hecho resaltante es que al señalar que sin título previo el modo no transfiere da la idea que la sola tradición podría tener muchos sentidos distintos

al de la intención de transferir a título de propiedad el bien; pero también indica que sin modo el título es insuficiente; ¿Qué tan cierta es esta afirmación para los defensores de la teoría consensualista?; a continuación se plasma su posición.

Por otro lado, el Maestro Vidal Ramos ha comentado el reconocimiento que autores como Gastón Fernández Cruz, Alfredo Bullard González, Max Arias-Schreiber Pezet, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, realizan sobre el sistema consensual. Así “El doctor **Fernández** en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo” (pág. 132), de ello no se puede perder de vista que aun con la oposición de reconocida doctrina, el consentimiento o acuerdo de voluntades per se origina la traslación de la propiedad.

Asimismo, el doctor **Alfredo Bullard González (2006)**, Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, en su libro *Derecho y Economía El análisis económico de las instituciones legales*, manifiesta que “La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar” (pág. 171); por su parte “El recordado Ilustre **Maestro Arias-Schreiber Pezet**, nos menciona, que el artículo 949 del código civil se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio” (pág. 135). poniendo como ejemplo: “que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien (...) y el precio(...) para que (...) se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y (...) simultáneamente este adquiere la propiedad (...)” (pág. 135).

Siguiendo con la recopilación hecha por Vidal Ramos (2011), ahora en relación a los Profesores **Osterling Parodi y Castillo Freyre**, señala:

“Para los profesores Osterling y Castillo, consideran que el simple acuerdo de voluntades produce el efecto transmitido, y aceptan la teoría del título y modo.

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. (...)

El contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien, así no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso —según De la Puente—, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario. (...)” (pág. 139).

Los maestros citados, comparten la posición de la teoría consensualista pero le otorgan un carácter obligacional al contrato, el mismo que según refieren crea la obligación de transferir, pero que sin la necesidad de un acto ejecutivo (modo) pues el efecto traslativo lo configura la regulación del artículo 949° del articulado sustantivo.

Por otro lado, Vidal Ramos (2011), señala que el profesor **Hugo Forno Flores** concluye manifestando:

la transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Siendo que Hugo Forno, atribuye el carácter traslativo y no obligacional en la transferencia de bienes inmuebles, (...). Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna para

que opere la transferencia de propiedad, (...), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el título” (pág. 132).

Esta cita es interesante, dado que difiere totalmente de las anteriores, el Profesor Forno considera que el contrato directamente produciría el efecto real de transferir la propiedad, sin que sea necesario un modo, que sería imperiosamente la realización de una conducta para que opere la transferencia (esta postura es tal vez de las anotadas la más consistente en cuanto a argumentación); mientras que para el Dr. La Puente y Lavalle seguido por Castillo Freyre es inadmisibile otorgar efectos reales al contrato en sí mismo como documento o título, siendo el modo la tradición del bien; en tal sentido se ha visto la interpretación que se le da desde la celebración del contrato hasta la ejecución del mismo, esta es diversa y desde el plano doctrinario o teórico se busca explicar una u otra posición. No obstante ser un debate interesante no se relaciona directamente con el problema de estudio (pese a la necesidad de evaluar las posiciones de la doctrina sobre los tipos de sistemas), como lo he mencionado anteriormente no es objeto de estudio definir el sistema correcto, sino el que es aplicable legalmente para contrastarlo con el principio de buena fe pública registral, no obstante sea uno u otro la diferencia no sería notoria ni sustancial puesto que el efecto es el mismo al estar dentro de un mismo sistema; caso contrario sería el estudio de la adopción del sistema registral constitutivo, sin embargo esta postura se aleja del planteamiento, pues no considero que según la realidad socioeconómica y cultural sea factible actualmente de acoger.

Por su parte **Harold Medina Canelo (2016)**, especialista en Derecho inmobiliario, con estudios de Master en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid (España), en su Libro denominado *Responsabilidad Civil en el Derecho Inmobiliario*, señala:

Conforme a Nuestro sistema de transmisión de propiedad inspirado en el modelo francés, basta el consensualismo para su transmisión. Es

decir, salvo ciertas formalidades en casos particulares (donacion, anticipo de legitima, etc.) para la transferencia de inmuebles no se requiere mayor formalidad. (...). Aunque en estos ultimos tiempos se viene cuestionando este sistema por no tener una adecuada seguridad juridica, es el que actualmente se encuentra vigente (pág. 38).

He considerado la cita empleada, no solo porque reafirma que basta el consensualismo para la transmisión de la propiedad, sino porque además nos muestra el cuestionamiento que se vendría presentando actualmente a este sistema, por el que el propietario puede acreditar su derecho de propiedad mediante un contrato simple, una escritura pública, la inscripción en el registro, etc, al señalar el escritor, que no tendría una adecuada seguridad jurídica; situación que también es relevante para el presente trabajo, pues un tema importante y que se desarrollará en la investigación, es cuan protegida esta la propiedad según nuestro sistema.

Con este hecho no pretendo cuestionar el sistema consensual a fin de optar por el registral constitutivo convalidante, sino que pongo de manifiesto la situación que presenta el sistema consensual a fin de buscar una solución más coherente con la realidad que se vive adecuándolo según los sistemas estudiados, a uno que no se aleje de los que se pretendía desde roma y que en el entender de la revolución francesa se alejó de lo que pudiera ser un sistema con adecuada seguridad jurídica y signo eterno de reconocibilidad social, al menos al ser incorporado dentro de nuestro Estado.

### **2.7.3. La transferencia de la propiedad inmueble en la Jurisprudencia**

El jurista Julio Pozo Sánchez (2018), en la recopilación de Jurisprudencia vinculante, contenida en su libro de Casaciones y Sentencias denominado *Summa Civil. Sustantivo-Interpretativo-Practico*, que contiene Plenos Casatorios Civiles, Plenos

Jurisprudenciales, Precedentes vinculantes y Doctrina Jurisprudencial, sobre el particular muestra la Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica en la Casación N° 0661-2010-Lima, publicado en el diario oficial El Peruano el dos de mayo del dos mil once, que ha señalado:

“(...) la naturaleza del artículo 949 ° de Código Civil legitima el solo consenso entre vendedor y acreedor para transmitir la propiedad, con lo cual se descarta el elemento constitutivo de la inscripción en los Registros Públicos, en consecuencia la interpretación asumida por las instancias de mérito al colegir que la transferencia de la propiedad del predio sub Litis surtió sus efectos con fecha 14 de marzo de 2000, esto es, un año y tres meses ante de la inscripción de la medida cautelar, resulta conforme a ley; (...)” (pág. 769).

En la casación presente, se toma la idea de cómo la propiedad se adquiere y sus derechos inherentes, aun cuando a pesar de los años, no se haya inscrito el derecho dominial, adquiriendo protección ante la ulterior inscripción de una medida cautelar, seguramente en su perjuicio, entonces si esto es así, y así ha quedado establecido en caso de derecho de propiedad no inscrito contra embargo inscrito en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil con propósito de la Casación N° 3671-2014-Lima, publicada el siete de diciembre del 2015 ¿Cómo es que con la propiedad no funciona de la misma manera?, si como se ha imprimido nuestro sistema de transferencia es consensual.

En igual sentido, Julio Pozo Sánchez (2018), cita la Casación N° 1617-99-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el uno de setiembre del dos mil; que señala:

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 solo intercambio de voluntades, o “solo consensus”, perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria; en tal sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles. El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo a la inscripción de un inmueble en el Registro Público (Pozo Sanchez, 2018, pág. 6192).

Ambas citas jurisprudenciales tienen la característica de aclarar el descarte de nuestra legislación de la inscripción en el registro como elemento necesario para el perfeccionamiento de la compraventa; enfatizando que inscribir un bien en el registro de la propiedad inmueble no es un “elemento constitutivo”; además acotan que la transferencia se da por el solo consentimiento.

Con estas últimas citas, reuniendo las posiciones en doctrina asumidas, se puede llegar a la convicción que en definitiva el sistema de transferencia adoptado por nuestra legislación vigente es el consensual, a pesar de las críticas, algunas posiciones en respaldo y muchas otras considerando que “debe” reconocerse implícitamente que no es el adoptado, asumirse la teoría del título y modo; además habiendo también estudiado el sistema registral constitutivo la posición mayoritaria es que este sistema no puede ser aun acogido, sin embargo cuando de inscripción de inmuebles se trata la regulación civil registral faculta a otorgar una especie de “capacidad de dirimir conflictos dominicales en virtud de la inscripción de buena fe”, al registro público; hecho resaltado por el mismo Gunther Gonzales, quien pese a verse conmovido por la situación del propietario que no inscribe frente al tercero registral en pugna por un mismo bien, reconoce al registro de tal manera.

Para llegar a conocer el concepto de sistema de transferencia de propiedad era necesario conocer primero la definición de sistema de propiedad. Las definiciones descritas se han complementado, sin embargo una definición clara, breve y concisa es la

del Dr. el Doctor **Gunther Gonzales Barrón**(2011), quien en su libro titulado *Derecho Urbanístico*, la define de la siguiente manera:

“Un sistema de propiedad puede definirse como el conjunto de reglas que gobiernan el acceso y el control de los bienes o recursos materiales, en el entendido que estos son objetos capaces de satisfacer alguna necesidad o deseo humano” (pág. 54); a su vez se ha podido obtener una definición propia citada a continuación:

“Un conjunto de reglas o métodos que regulan, todo lo concerniente al acceso, uso y porque no extinción de bienes o recursos materiales, para ser controlados por determinados sujetos que por ser los propietarios, la comunidad les reconoce la posibilidad de excluir a quienes no estén legitimados”.

En lo que concierne a la evolución del sistema de propiedad, en esta investigación se ha podido corroborar que el sistema de propiedad se va creando y cambiando conforme evoluciona la propiedad en el contexto histórico social, el contexto más determinante ha sido la revolución europea, en la que la concepción de la propiedad privada sufre un cambio importante al tener como uno de los pilares al hombre como centro y la voluntad predominante en las relaciones sociales.

De otro lado, el estudio de las características del sistema de propiedad, permitió verificar si estas se cumplen eficientemente en nuestro sistema o si su cumplimiento defectuoso lleva a pensar en la posibilidad de un cambio de sistema.

Una vez estudiado la definición de sistema de propiedad, se han esbozado definiciones doctrinarias sobre transferencia para obtener la más adecuada, sin embargo también se ha logrado concatenar de todas las expuestas el siguiente concepto:

Reuniendo los conceptos anotados en las líneas precedentes, puedo concertar como un Sistema de Transferencia de propiedad inmueble, al: “Conjunto de normas relacionadas con el control, uso y pertenencia de bienes materiales de dominio privado que regulan jurídicamente el acto traslativo de dominio, es decir, el paso de la esfera del poder patrimonial de bienes inmuebles de un sujeto de derecho a otro y la forma en cómo se realiza ese acto de disposición sobre la cosa”.

El conocer el origen es para identificar que efectivamente tanto en el origen del sistema de transferencia como en el actual se mantiene el ánimo del control en la circulación de los bienes inmuebles.

Bajo esta concepción el origen de nuestro sistema de propiedad, tiene una base inspirada en el derecho romano, pero que ha sufrido cambios hasta llegar al que actualmente se conoce.

En los modos de adquisición de la propiedad, también se verifica que en los inicios tenían unas formalidades solemnes que con nuestro sistema han desaparecido, haciendo más ágil y practica la adquisición.

Finalmente al tratar los sistemas de transferencia de la propiedad inmobiliaria se estudió ineludiblemente la clasificación general para conocer su fundamento, además comparar el nuestro con los otros sistemas y luego ilustrar el que actualmente, así como la posición de la doctrina en cuyo caso se puede decir que existe una fuerte crítica al sistema adoptado llegando incluso algunos autores a considerar que el sistema que se tiene no es el consensual sino el de doble causa; mientras que otros critican la utilidad de la aplicación de dicho sistema, no obstante la jurisprudencia confirma el sistema solo consenso que rige las relaciones contractuales de inmuebles.

### **CAPITULO III**

#### **LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

La propiedad como parte del derecho natural se remonta a tiempos inmemoriales, es así que es una institución que no tiene sus bases en el positivismo sino que trasciende a la naturaleza misma del ser, constituyendo uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye el estado, se tiene que así sea en su forma colectiva ha existido ligado a periodos evolutivos del hombre. Este acápite pretende estudiar este instituto focalizando su centro de atención a la concepción fundamentalista de este derecho, dado el escenario social en que surge la problemática materia de tratamiento. Debe estudiarse a la propiedad por ser el derecho en disputa entre aquel adquirente extraregstral con aquel tercero alegante de buena fe pública registral en el afán de proteger también su derecho sobre el mismo bien; he ahí la necesidad imperiosa del estudio de la propiedad en que se justifica este capítulo; sin embargo, no es un estudio que se dirija únicamente a definir el concepto, sino a tratarlo desde la perspectiva constitucional.

El derecho civil se caracteriza por ser un derecho rígido, seguidor de las formas, en ese sentido, la manera de entender el derecho de propiedad únicamente bajo esta perspectiva permite que a la par del crecimiento económico se le releve por connotaciones vinculadas al tráfico jurídico de bienes, seguridad jurídica y otros términos propios del derecho económico. Con ello no quiero significar una postura contraria al desarrollo económico en relación al tráfico inmobiliario, sin embargo debiendo conjugarse dentro de las limitaciones que la Carta madre prevé para la cautela de otros derechos fundamentales, es que Este capítulo destinado al estudio del derecho de propiedad tiene por finalidad incorporar al derecho civil la concepción constitucionalista del derecho de propiedad para entenderlo en su faceta protectora de los intereses individuales y también comunes dentro del respeto irrestricto a la constitución y conforme al orden jurídico

legítimo, para evitar o sancionar el empleo de instrumentos con aparente cobertura legal que pretenden defraudar el bien común.

Tal vez, las líneas aquí descritas, suenen utópicas para la gran mayoría, sin embargo con sustento factico en las situaciones de fraude inmobiliario acontecidas en nuestro país, empleando sagazmente como respaldo legal a instituciones que han sido creadas para fines legítimos, como la protección del tercero de buena fe pública registral, la oponibilidad, y el principio de publicidad, es que surge la apremiante necesidad de proponer soluciones jurídicas que reafirmen la propiedad -institución nacida junto con la civilización- pero no aquella del que tenga mayor poder adquisitivo sino de aquel que demuestra fehacientemente con su posesión legitima (como claro ejemplo) una adquisición autentica, pasando por el estudio que este capítulo propone, esto es la perspectiva constitucional de este derecho.

Y es que es inconcebible que la justicia cierre los ojos ante la evidente arbitrariedad, por la aplicación rígida de determinadas instituciones por presunciones iuris tantum, que terminan legitimando acciones dolosas con contenido penal de sujetos inescrupulosos. No puede imponérsele la carga a un sujeto al que en principio el ordenamiento jurídico no le impone determinadas formas a cumplir para la compraventa, aun mas cuando gran parte de las propiedades son informales, y aunque intenten formalizar su propiedad no pueden hacerlo sino es por un proceso de prescripción de dominio para el cual debe esperar años. En ese sentido el Estado no ha brindado las facilidades para que aquellos que compran un bien inmueble puedan reduciendo sus costos lograr seguridad y protección.

Lo que espero demostrar es que enfocando a la propiedad desde su perspectiva constitucionalista, podremos obtener decisiones ajustadas a ley que pasan por el descubrimiento de la verdad material de las situaciones fácticas, las mismas que con un estudio de sus particularidades podrá determinarse si corresponde o no, desde el punto de

vista del registro y de la realidad extra registral ampliando el panorama a sucesos que debidamente probados nos lleven a una solución más justa de este conflicto jurídico social

Este desarrollo sirve para fundamentar mi propuesta en la medida que permitirá conocer la dimensión constitucional del derecho de propiedad y por tanto poder compararlo en su real importancia y preeminencia en relación a otros derechos e instituciones como el tráfico de bienes, la seguridad jurídica, pero no para confrontarlos sino para enlazarlos logrando un desarrollo armónico de todos ellos en el marco de la naturaleza de nuestro sistema.

### **3.1.DEFINICIÓN DE PROPIEDAD**

Se ha considerado necesario incorporar una definición de propiedad, para luego tratarlo como derecho fundamental, dado que este es otro de los ejes temáticos sobre el que discurre el presente trabajo de investigación, cito al Maestro **Manuel Ossorio (1997)**, que en el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, define a la misma como:

Facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro. En el Derecho Romano, la *propiedad* constituía una suma de derechos: el de usar de la cosa (*ius utendi*), el de percibir los frutos (*fructu*); el de abusar, de contenido incierto (*abuti*); el de poseer (*possidendi*); el de enajenar (*alienandi*), el de disponer (*disponendi*) y el de reivindicar (*vindicandi*) (Ossorio, pág. 810).

En relación al concepto de propiedad, esta definición enumera los atributos o como dice al autor, una suma de derechos. Se trata de un derecho que contiene otros derechos como usar, percibir frutos, etc. Diré en términos del autor que la propiedad es en dos palabras un Derecho-Facultad, pero uno de suma importancia, que será estudiado

principalmente desde una perspectiva de derecho fundamental, pues es la forma en cómo debe tratarse para entender su verdadera importancia y repercusión ante los sucesos jurídicos que lo relacionan con el problema en cuestión. Un punto interesante es que el autor lo rotula como “facultad legítima”, en este punto, ¿cómo podría usarse o disponer de un bien sin que exista legitimidad para el ejercicio de esos y otros atributos?, en tal sentido, un hecho es legítimo, cuando está respaldado por la ciudadanía, cuando tiene la aprobación de esta; así se puede entender del Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Hugo Alejandro Concha Cantú (1995), quien en su artículo denominado “Legitimidad Constitucional”, nos acerca a esta definición, al indicar primero que: “un gobierno es por tanto legítimo si el poder es conferido y ejercido de acuerdo con los principios y reglas aceptadas por aquellos que deben obedecer” (pág. 11);Luego agrega la siguiente cita:

Habrán legitimidad constitucional cuando un gobierno adquiere sus justificaciones de existencia y eficacia, de las reglas e instituciones que una comunidad previamente decidió establecer con ese fin, ante la imposibilidad de hacer patente de otra manera su voluntad. Pero dicha aceptación, o legitimidad constitucional no es perenne ni inmutable, pues se deriva finalmente de uno de los principios básicos de legitimidad del poder político. Sólo de esta manera la legitimidad constitucional cobra importancia por sí misma, pues de lo contrario no sería otra cosa que una mera creación artificial que justificaría de manera vacía el apego con ciertas formalidades, sin importar si dichas formalidades o reglas cuentan al mismo tiempo con las justificaciones reales para existir” (Concha Cantú, 1995, pág. 12).

En tal sentido, la legitimidad a la que nos referimos es una legitimidad constitucional, la que pertenece al estado de derecho o constitucional, que es el marco político en el que nos desarrollamos como sociedad; en esta el autor afirma que es una aceptación fundada en la voluntad de la comunidad, por lo que, sin dicha voluntad la legitimidad de la que cualquier norma goza pierde eficacia. Así se tiene que el derecho

de propiedad, sus atributos y manera de transferir gozan de legitimidad constitucional, el mismo derecho de propiedad está consignado en el artículo 70° de la Carta Política en la que de este derecho se advierte la necesidad de protección general, traslucida en la prescripción de su inviolabilidad; sucede lo mismo con la manera en que se aplica el principio de buena fe pública registral?, se puede establecer que si el sistema registral no está legitimado la buena fe que lo pone en funcionamiento tampoco es compatible con el derecho mismo de propiedad en este sistema, que se desnaturaliza en cuanto a su forma de transferencia.

Entonces se puede indicar brevemente también que el ejercicio de los atributos de la propiedad es legítimo cuando está autorizado por la sociedad a su vez puede reclamarse de otro cuando este lo ostente indebidamente.

Entonces, ¿qué acciones son las que vuelven legítimo el derecho de propiedad y en el problema particular materia de análisis, cuáles son las acciones que brindarían legitimidad al verus dominus para mantener su derecho de propiedad, frente al tercero adquirente registral?, o qué acciones debe realizar el tercero registral para que ostente legitimidad ante el verus dominus?

No cabe duda, y tampoco está en discusión que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y el orden público, estos son los límites de su ejercicio, como será tenido en cuenta más adelante; sin embargo la facultad legítima se manifiesta con un signo de reconocimiento social, que habíamos dicho ya, para nuestro sistema de transferencia, consiste en la real posesión del bien, posesión como signo de reconocimiento social de la propiedad que tiene su límite en el orden público y bien común, esto es, no contraviene las normas del ordenamiento jurídico. Para el caso del non domino, las ventas sucesivas de un mismo bien, registradas para favorecer el tráfico de bienes y también otorgar seguridad jurídica al comprador, ¿no contraviene acaso normas del derecho civil? por la aplicación de un formalismo extremista que cegado ante la real situación extra registral solo busca proteger a diestra y siniestra al propietario registrado aunque este no haya

ostentado en ningún momento la posesión como ejercicio de su derecho? Tampoco se trata de una invocación a la sola posesión como forma de protección ante el tercero registral, sino la protección del adquirente legítimo, que en virtud a un contrato que no reviste publicidad formal (inscripción en el registro) ostenta la posesión exteriorizando de ese modo su derecho, ante un supuesto propietario que compra sin haber observado siquiera las condiciones que la propiedad ofrece y que mínimamente le informarían la supuesta situación anómala de ocupación del bien, que en principio dejaría entrever la existencia de un posible propietario o cuando menos solo posesionario, a fin de que emplee las garantías adecuadas para respaldar su adquisición.

De la exposición hasta aquí planteada, como pueden darse cuenta estimados lectores, la línea de crítica que estoy siguiendo está enfocada a la defensa de la propiedad del verus dominio sustentado principalmente en la posesión como modo de exteriorizar el ejercicio de su derecho tal vez como modo más perfecto de uso y disfrute del bien, no obstante existen otras formas de disfrute o aprovechamiento que el bien produce ya sea mediante arrendamiento o para otro uso, como quiera que sea la utilización del bien demostraría la utilidad que a este se le brinda; En tal sentido si bien la posesión es importante para la defensa que estoy proponiendo, es importante también verificar las particulares circunstancias del caso para determinar si en efecto puede aplicarse en base a la posesión u otros elementos, la protección que invoco.

El Doctor **Gunter Gonzales Barrón (2011)**, define a la propiedad de la manera siguiente:

La propiedad según el derecho civil es una atribución directa, exclusiva, absoluta e inherente que recae sobre bienes, y cuyo interés es el disfrute y aprovechamiento de los mismos, siempre dentro de los límites que establezca puntualmente el bien común y el interés social (art. 923) (Derecho Urbanístico, pág. 61).

En este concepto, el autor nos plantea como límite al ejercicio de sus atributos, el interés social y el bien común con el que deben ejercerse, este concepto no se aleja del que plantea la constitución, en cuanto se refiere al bien común, de esta manera se van complementando las definiciones y acercándose a la que imprime la Constitución Política del Estado que se debe analizar. También se aprecia una definición tradicional donde se le considera como absoluta. Al respecto, la posición del autor, al señalar a la propiedad como absoluta se afianza con la que se expone a continuación y es una característica con la que se está de acuerdo, pues si bien la propiedad tiene límites, estos están puntualmente establecidos, pero ello de ningún modo puede desvirtuar la absolutez de la propiedad; no obstante, antes de pasar a la siguiente definición debe tenerse en cuenta la palabra absoluta en términos del derecho de propiedad.

Al respecto el maestro **Max Arias Schreiber Pezet** indica que el poder jurídico del dueño“(…) no se trata de un poder ilimitado y constitucionalmente se hace referencia a sus limitaciones” (pág. 190). Y citando a Claudio Ballester, agrega que: “poder pleno es, pues, poder total dentro de los límites en los que la ley los concede sobre la cosa, o si se quiere dentro de los límites máximos que la ley admite que alcance el señorío sobre las cosas” (Arias Schreiber Pezet, 2011, pág. 190)

Actualmente se tiende a hablar de la propiedad en términos de su relativismo. Esto nos lleva a tratar otro punto concatenante del objeto de estudio en este capítulo, y lo cual lleva a preguntarnos ¿Es la propiedad relativa? Pues bien según lo que Gunther Hernán Gonzales Barrón escribe al respecto.

### **3.2.CRITICA A LA IDEA DEL CARÁCTER RELATIVO DE LA PROPIEDAD POR GUNTER HERNÁN GONZALES BARRÓN EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DECLARATIVO**

Respecto de la vinculación existente con el sistema registral, Daphne Beatriz Chanduví Urcia (2017) citando al jurista **Mario Castillo Freyre** -partidario de la doctrina francesa, en su libro: “Comentarios al Contrato de Compraventa” - en su Tesis para optar el título profesional de Abogado denominado *Consensualismo de los Contratos de Compraventa de Bienes Inmuebles Vs Seguridad Jurídica*; señala:

En el Perú nuestro ordenamiento legal da lugar a la convivencia de una propiedad de carácter absoluto y de una propiedad de carácter relativo, al haber adoptado siempre el mismo sistema que el Derecho francés, tanto en lo que respecta a la manera de transferir la propiedad mueble e inmueble, como en cuanto al Registro de la Propiedad Inmueble, creado en Francia en 1855 e implantado en el Perú en 1888, Registro de carácter meramente declarativo y no constitutivo” (Chanduví Urcia, 217, pág. 56).

El Maestro Gunter Gonzales Barrón (2012), quien en su artículo denominado, *¡Lo Mío Es Tuyo! Crítica a la “Doctrina”, Ilegal e Inmoral, Por la Cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros*, como acérrimo y razonable defensor de la propiedad ayuda a entender mejor lo que el Maestro Castillo Freyre quiere referir en la cita aludida como preludeo de lo que a continuación se expone:

“(…) se ha dicho que: “la transmisión por consenso solo genera una eficacia inter-partes”, o que “se trata de una transferencia sin oponibilidad” o que “no afecta a terceros”. Todas estas afirmaciones son simplemente gazapos, pues jamás podrá admitirse una propiedad relativa o “inter-partes”. La propiedad, por naturaleza, es absoluta (art. 923 CC), y

si el mecanismo de transmisión opera con el solo contrato transmisivo (art. 949 CC), entonces el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos en virtud de la citada norma legal. No es razonable pensar que la ley tenga una definición de propiedad (absoluta), pero cuando se trata de transmitir esa misma propiedad tenga otra definición (relativa).(...)

Por tal razón, y en primer lugar, hay que descartar la visión equivocada referida a que el art. 949 CC transfiere una propiedad relativa, pues en realidad la transmisión SE PRODUCE PARA TODO EFECTO LEGAL Y CON CARÁCTER ABSOLUTO, (...)" (págs. 35-36).

Sin embargo, pese a que Gunter Gonzales defiende el carácter absoluto de la propiedad desde su transmisión solo consenso, este aspecto relacionado con el problema de investigación en la presente tesis, habla del registro si bien como declarativo, agrega que:

*No obstante ello, ¿cómo puede coordinarse esta adquisición del comprador no inscrito si es que la misma ley admite que un comprador inscrito sea preferido frente al primero?(negrita propio)*, (pág. 36), hace la aclaración que el primer comprador no deba de ser propietario según lo recientemente expuesto, en ese sentido, indica que *El comprador no-inscrito es un propietario absoluto (art. 949 CC), pero corre un riesgo teórico que consiste en que aparezca un segundo comprador que inscriba y sea preferido en el conflicto de titularidades (arts. 1135 y 2022, 1 CC). (negrita propio)* (pág. 36)en ese caso el derecho del primer comprador cae frente al derecho de propiedad del segundo comprador quien si inscribió su derecho, y “se convierte en el propietario por ministerio de la ley”, señalando lo siguiente:

Por tanto, **la inscripción declarativa es un criterio de preferencia que opera exclusivamente cuando se presenta un conflicto de títulos (uno inscrito y el otro no-inscrito) respecto del mismo bien,**

**y en el cual existe un causante que ha otorgado derechos contradictorios a dos causahabientes distintos** (pág. 36).

Nos señala la eficacia de protección, preferencia o garantía que otorga el registro en caso de conflicto de titularidades cuando existen títulos contrapuestos, en donde “el derecho de propiedad siempre es absoluto, sea del primero o segundo comprador”, pero el criterio de preferencia estará determinado por la inscripción en el registro.

Agrega que *“en situación de conflicto el registro se convierte en medio de preferencia ante esa vicisitud patológica, y no tanto es mecanismo de oponibilidad”*, para respaldar esta última acotación, citando a Francesco Messineo transcribe que:

“Pero debe observarse que, a este respecto, la transcripción no sirve para conferir eficacia erga omnes al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido, los cuales si son derechos reales, son ambos eficaces erga omnes; pero cuál de los dos derechos reales prevalezca sobre el otro, depende, no de la prioridad de la adquisición, sino de la transcripción” (Gonzales Barrón G. H., *!Lo Mío es Tuyo! Crítica a la "doctrina", ilegal e inmoral, por la cual las deudas de uno se pagan con los bienes de otros*, 2012, pág. 37).

En tal sentido, a pesar de la crítica a la idea de presumir a la propiedad como relativa en el aspecto relacionado con el poder de disposición del dueño, en tanto ya lo revisado antes, y el propio autor afirma fielmente que el derecho de propiedad es un poder pleno y absoluto, no obstante en relación con la inscripción registral, en un principio creí que la defensa de la propiedad como absoluta por parte de autor conllevaría a concluir que la inscripción al considerarla también declarativa no tendría por qué menguar el derecho del primer propietario ante el segundo adquirente que se convierte en propietario

por imperio de la ley, grande fue mi sorpresa cuando el mismo Gunter Gonzales valida la eficacia del registro y considera que tiene como función “*dirimir los conflictos entre varios adquirentes provenientes de un transmitente común siempre que se refiera al mismo bien*” (pág. 32), pues incluso revela que no es un factor de oponibilidad sino de garantía y la explicación esta transcrita en las palabras de Francesco Messineo a quien cita, sin embargo haciendo una interpretación más clara de la cita, si bien Gunther habla de la eficacia del registro, ello lo hace para enfatizar que éste no brinda oponibilidad, sino que la oponibilidad erga omnes está presente y siempre vigente en ambos derechos compuestos estén inscritos o no, ahí el fundamento de que la propiedad es siempre absoluta, pero que la disensión entre “propietarios” se aclararía según Messineo citado por el autor con la primera transcripción.

Cabe indicar que **Domingo García Belaunde** (2009) en su *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional* al hablar de la función social de la propiedad hace una acotación que es importante traer a colación en este momento debido a que alude al tema en mención señalando que:

En el sistema constitucional personalista –caso de nuestra Constitución- la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades (...), la propiedad se encuentra sujeta a limitaciones impuesto por el interés general, las que, sin embargo nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, (...)” (pág. 644).

Esta segunda acotación que realiza seguidamente, resulta interesante en misma orientación de la posición que hasta ahora voy asumiendo, dado que, si bien ha tratado a la propiedad (para quien no puede ser absoluta), esta limitación está en función al interés general, pues las limitaciones a las que puede estar sujeto siempre tendrán como fin la utilidad o interés general, pero en un análisis un poco mayor complementa esta limitación de la propiedad al interés general para restar el carácter absoluto de la propiedad privada,

indicando desde el criterio asumido por el mismo Supremo interprete constitucional en el párrafo 16 del Expediente N° 0008-2003/AI/TC, lo siguiente:

Evidentemente, dicha función social tan solo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público, mas no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada, en los que solo es reconocible una utilidad estrictamente personal, en cuyo caso bastará abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad (García Belaunde, 2009, pág. 644).

Aquí el Tribunal Constitucional señala que para los bienes de utilidad personal, solo bastara abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad; en consideración a lo expuesto, ya se ha dicho que la limitación de la propiedad privada es el interés general, ahora se agrega que cuando sean bienes de utilidad estrictamente personal bastará abstenerse de perjudicar a la comuna, es decir una obligación de no hacer que recaea sobre el propietario a fin de no causar daño a terceros con el uso de su propiedad. En tal sentido si el interés es general se limita el uso de la propiedad, el claro ejemplo de la expropiación, pero se estaría hablando de un interés concreto general es decir podría tratarse de necesidad pública como construcción de una vía pública para el paso de transporte o por causa de una inundación; pero si no existiera esa clase de interés general que proteger ¿Cuál sería el fundamento para la privación de la propiedad privada? En caso de conflicto de titularidades, ¿Qué propiedad debe prevalecer?, En este caso no podría hablarse de limitación a la propiedad, pues en virtud de que se haría?, si no existe un interés general que proteger, sino discordia entre intereses particulares, por lo que el criterio de resolución no podría caminar por decir que la propiedad ha dejado de ser absoluta.

Asimismo, en cuanto al criterio de resolución enfocada en la primera inscripción como preferente, tiene a mi modo de ver algunas situaciones que deben observarse.

Respeto a la cita expuesta (por Messineo citado por Gunter Gonzales) este criterio parece razonable y ciertamente podría ser adecuada, sin embargo se debe aclarar algunos aspectos de la cita, primero sobre la afirmación que la prevalencia del derecho está marcada no por la prioridad de la adquisición sino de la transcripción, desde un particular punto de vista se discrepa de esta afirmación en la medida que ¿Cómo es posible dándole total validez a la transferencia consensual en donde el artículo 949° del Código Civil, rige las relaciones contractuales de enajenación de bienes inmuebles, no sea este directriz para dirimir el conflicto de titularidad?, tal vez la solución basada en el tiempo en la adquisición ciertamente en la realidad puede llevar a una tremenda inseguridad y desconfianza por la simple presentación de una minuta, dado también la forma probatoria del contrato, por lo que para una mayor seguridad es necesario un mecanismo adecuado de protección y de verificación de la verdadera titularidad; entonces aparece el registro como tal mecanismo, pero priorizar únicamente la transcripción, es un mecanismo eficientemente justo para la solución armoniosa del conflicto?, qué pasa si ante la transcripción del segundo “adquirente del derecho” se verifican circunstancias extra registrales que manifiesten una oposición a la adquisición en virtud de la transcripción?;

Se habla de un segundo propietario por imperio de la ley, de “dos derechos del mismo contenido”, este aspecto resulta cuestionable en tanto entrando a tallar el aspecto sustantivo de la validez del contrato de compraventa y los requisitos esenciales para que se configure válidamente, existe una situación anómala, pues qué derecho transfiere aquel que si bien aparece en el registro con facultades, en la realidad ya no goza de ninguna prerrogativa dominical al haber transferido al primer adquirente?; entonces si la segunda venta es realizada por un sujeto que no tiene capacidad de disposición, ¿qué derecho transmite?, estamos ante dos derechos del mismo contenido? para que pueda operar la preferencia de titularidades?.

Entonces a partir de la definición que brindó el maestro Gunter Gonzales Barrón es posible concluir que en esta época la propiedad sigue siendo absoluta, pues no podría concebirse a una propiedad con carácter relativo; sin embargo, el registro declarativo aparece como un mecanismo de garantía para aquel segundo propietario que inscribió su

derecho.

Por tanto, no por hablar de un registro declarativo, que otorga preferencia a la inscripción podría hablarse de propiedad relativa, pues esta siempre será absoluta.

A pesar de la crítica expuesta, se comparte esta opinión, con las salvedades relacionadas con el análisis a la prioridad de la transcripción.

Desde otro punto de vista, y complementando las opiniones expuestas, Luis José Che Esquerre (2016) en su Tesis para optar el título profesional de Abogado denominado “*La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles*”, por la Universidad Privada Antenor Orrego, señala que “se refiere a la posibilidad que tiene el sujeto titular para oponer su derecho contra todo y frente a todos” (pág. 17), por lo que hablar del carácter absoluto alude a la libertad de disponer y oponer el derecho, pero ello es una cuestión distinta a las limitaciones que se planteen en función al bien común; en tal sentido absoluto no significará igual que ilimitado; pues las limitaciones del orden público no enervan el carácter absoluto de la propiedad, son dos cuestiones distintas que enriquecen el concepto.

Otra definición de propiedad la brinda **Roger Vidal Ramos (2011)**, en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil” en su artículo denominado: *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano* Señala:

La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, (...), en primer lugar la propiedades un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar, disponer y reivindicar* (pág. 120).

Los autores mencionados han coincidido en señalar a la propiedad ya sea como poder o facultad plena, su importancia es tal que está revestida de una serie de garantías para regular sucesos como la transferencia, dado que uno de los atributos tradicionales que tiene el titular es el poder de disposición, que implica enajenar o transferir, como se ha visto en el capítulo precedente, coincide también las características o atributos clásicos del derecho de propiedad, en tal sentido hasta aquí de las tres definiciones empleadas, es posible observar una conceptualización tradicional o clásica denominándola o tal vez reduciéndola a un poder o facultad con cuatro características básicas; no obstante se verificará cómo se define actualmente a la propiedad teniendo como punto de engranaje la Constitución Política del Estado. Momento desde el que partirá nuestro eje de estudio.

### **3.3.LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL**

El artículo 923° del Código Sustantivo prescribe que: “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”.

Este concepto tampoco varía con los que en doctrina lo han catalogado; resulta también importante consignarla para hacer un análisis comparativo de su definición desde distintos enfoques, doctrinario, legal y constitucional que se desarrolla más adelante;

En tal sentido, hasta aquí estamos viendo unas definiciones que oscilan entre aquella tradicional romana que la preceptúa como un poder o facultad, además plena o absoluta, esto es, total, pero limitada al orden público y bien común; al respecto como se ha estudiado anteriormente, el concepto de propiedad absoluta viene ligada a una concepción romana, donde el pater familias tenía el pleno señorío sobre todo lo que le pertenecía, no obstante, según **Max Arias Schreiber Pezet**(2011) en su libro denominado: “*Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*”, señala que “en nuestros días

la propiedad esta inescindiblemente unida con la función social que le toca cumplir y ya no constituye un fin en sí misma, (...)” (pág. 27).

### **3.4.PERSPECTIVA ACTUAL DE LA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD DESDE LA DOCTRINA**

Citando nuevamente al Doctor **Gunter Gonzales Barrón (2011)**, señala que “(...) *la definición de propiedad, dentro del ámbito de los derechos humanos, ha redimensionado la noción civil, liberal y propia de las codificaciones. Por tal motivo, en la actualidad estamos, no ante un “derecho-voluntad”, sino ante un “derecho-función”.* (pág. 61)

La noción moderna de propiedad (constitucional o del sistema de los derechos humanos) pulveriza aquella plasmada en los Códigos, (...). Hoy, la función social atraviesa el contenido mismo de la propiedad, ya que esta cumple un objetivo de bien común. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional del Perú (págs. 62-63).

Esta definición de propiedad según el autor, trasciende a aquella propiedad voluntarista en la que el propietario si bien tiene libertad para ejercer o no su derecho, de acuerdo a la función que nos presenta el autor, la justificación del derecho estaría condicionada a cumplir deberes sociales, como promover la riqueza con el uso o explotación del bien, lo que supondría que la facultad individual o prerrogativa reconocida por el sistema legal está supeditada al interés general o bien de la colectividad.

Como recordamos de lo tratado en el acápite pertinente sobre el sistema de propiedad en donde se hizo una mención resumida de la forma en que ha evolucionado la propiedad privada, desde la antigüedad en que se conoció el dominio particular; esta habría empezado bajo la forma colectiva como el caso de los pueblos barbaros que por

ser errantes, se desplazaban de un lugar a otro sin domicilio fijo, desconocían la propiedad individual que no fuera la de uso personal o para su subsistencia como armas y ganado, sin embargo puede apreciarse la influencia de la cultura romana y pese a la diferencia de culturas o épocas se ha mantenido la propiedad individual privada, pasando por la propiedad feudal, burguesa, y ahora nos encontramos ante una perspectiva de la función social, que actualmente ha cobrado relevancia.

### **3.5.ENFOQUE FUNCIONALISTA DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

En este capítulo se ha visto inicialmente un concepto tradicional de propiedad, para centrar nuestra atención en el enfoque más reciente que ha tenido, esto es la concepción funcionalista, un término novedoso, ya que como en el derecho romano, la propiedad no tuvo en el principio un concepto definido sino que se representaba a través de la idea de pertenencia, confundiéndola con la tenencia del objeto o todo lo que estaba bajo la protección del pater familias.

### **3.6.PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD: EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LA ACTUAL CONSTITUCIÓN DE 1993**

#### **3.6.1. La Propiedad en la Constitución de 1979**

En la Constitución Política de 1979, el capítulo III titulado De la Propiedad, tratan a la propiedad en líneas similares a las que la actual Constitución la trata, al respecto, en los artículos 124 y 125 que sobre la propiedad prescribían:

**Artículo 124.** La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus

modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.

**Artículo 125.** La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.

Como se puede observar, la antigua constitución también protegía a la propiedad en términos similares, en cuyos artículos regula la inviolabilidad de la propiedad. De igual forma, el artículo 124 señala que la ley establece sus limitaciones y luego en el siguiente artículo que a nadie puede privársele sino solo por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, que a consideración nuestra serían las limitaciones a su ejercicio e inviolabilidad. Con esto quiero dar a entender que la protección de la propiedad se ha mantenido desde la dación de dicha Carta Política considerando el interés social.

### **3.6.2. Tratamiento de la Propiedad en la Constitución Actual de 1993**

La Carta Política no define a la propiedad como lo hace el Código Civil, pero si lo instituye como derecho en el artículo 2º, el cual precisa:

*“Toda persona tiene derecho:*

*(...).*

*8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la **propiedad** sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.*

*(...)*

16. A la **propiedad** y a la herencia”.

De forma similar, el artículo 70° trata a la propiedad de la siguiente manera:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio

Buscando un sentido interpretativo se toma lo reseñado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 2.5. de la sentencia expedida expediente N° 5614-2007-PA/TC, señala:

*“Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo eso; además incluye el derecho a defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos” (Aspillaga Anderson Hermanos S.A. Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2009).*

Las citas empleadas invocan la función social que debe cumplir la propiedad pero ¿cuál es esa función social que tanto se remarca? Sin duda alguna según lo señalado por el Tribunal Constitucional está ligada a la concepción constitucional de la propiedad, aquella preceptuada como la que se ejerce en sintonía con el bien común. En síntesis las citas expuestas vinculan la forma en que contempla la constitución a la propiedad con la función social.

Lo expuesto, queda reforzado por el Tribunal Constitucional quien en el fundamento 5.26. a) de la Sentencia N° 0008-2003-AI/TC señala: “Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad” (Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos Vs. el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, 2003).

Por su parte la Corte Suprema de la República en la Casación N°2689-2009-Callao, ha señalado, que una de las características del derecho de propiedad es su perpetuidad, esta situación explica la regla prevista en el artículo 927 del Código Civil, según el cual la acción reivindicatoria es imprescriptible. En tal sentido al ser materia de litis, la afectación del derecho a la propiedad privada de la accionante con la aplicabilidad de las citadas normas, la presente excepción debe desestimarse, a fin de revisar el fondo de la controversia.

Domingo García Belaunde (2009), citando a Gregorio Badeni escritor del libro *Instituciones de Derecho Constitucional*, en su libro *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional* expresa que:

(...) el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales (págs. 640-641).

En líneas posteriores el comentado autor acota, citando el fundamento 5.26 de la Sentencia N° 0008-2003-AI/TC:

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial (pág. 641).

En líneas posteriores del mismo fundamento 5.26. de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional indica:

La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera

estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía (Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos Vs. el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, 2003).

Estos párrafos encierran varias ideas que se centran en la propiedad como derecho fundamental, en principio indicando en qué consiste considerarla como tal, a saber el concepto que alberga el derecho civil de propiedad tiene un matiz totalmente diferente, uno que se podría llamar más frío y limitado, en cambio la idea de propiedad en el derecho constitucional es abierto y más amplio, que proviene de la propia naturaleza humana y que no se limita a usarlo de acuerdo a las facultades propias evitando un perjuicio a terceros, sino que a medida que evoluciona la sociedad y el crecimiento de la economía busca un bien mayor que es el de la sociedad, esto es, favoreciendo la circulación y el crecimiento económico e ahí el deber o la obligación de emplear los bienes conforme a la función social y a su destino natural en la economía cuyo sentido tendría relación con la obligación de explotar el bien para que se encamine un flujo constante de circulación en el mercado, lo que genera inversión, desarrollo y crecimiento favoreciendo consecuentemente a la sociedad.

Los bienes privados, deben ser empleados de forma tal que cumplan su finalidad, según las citas propuestas, la propiedad no es un derecho que nace por voluntad del legislador sino que es conjunta a la propia naturaleza del ser humano; también refiere que atañe la obligación de utilizarla conforme a su destino natural el cual estaría relacionado con la economía, de esa manera se garantiza el bien común cumpliendo su función social. En tal sentido la propiedad al ser un derecho patrimonial, su utilización está imprescindiblemente vinculado con la economía, entonces esta sería la palabra clave para descubrir cuál es su destino natural, para lo cual, es posible realizar un pequeño estudio de dos aspectos importantes, la función económica de la propiedad y su importancia en términos económicos; **David Velasco Pérez Velasco**, en su artículo rotulado *Análisis*

*Económico De Los Derechos De Propiedad* para ejemplificar la función económica de la propiedad, citando a Richard Posner, señala que:

si en un país se abolieran súbitamente los derechos de propiedad, un agricultor seguiría sembrando, por ejemplo, maíz, para su consumo personal, pero si todo el maíz maduro fuera tomado por su vecino que es más fuerte que el agricultor, este último no tendría la posibilidad de recurrir a ningún remedio legal para solucionar el problema suscitado, ya que ahora el agricultor no sería propietario de la tierra que cultiva ni del maíz que sembró, por lo que evidentemente se implantaría la ley del más fuerte y el vecino se impondría al agricultor. Pero el efecto principal que generaría esta situación es que el agricultor decidirá abandonar su actividad y –según lo que afirma Posner- finalmente aquella sociedad regresaría a una vida semejante a la del Paleolítico, es decir, caracterizada por la caza y la recolección como medios de subsistencia, (...)” (Pérez Velasco, 2011, págs. 01-02).

Con este ejemplo el autor señala que la importancia de la propiedad en términos económicos, radica en que:

si ésta no existiera, no tendríamos la facultad de excluir a los demás en el uso y aprovechamiento de nuestros bienes y tampoco tendríamos la posibilidad de internalizar los beneficios que éstos generan, por lo que el resultado sería la eliminación de incentivos para la producción, lo cual redundaría en un perjuicio que afectaría a toda la sociedad (Pérez Velasco, 2011, pág. 02).

Con este discernimiento, se puede comprender que de no existir propiedad privada y tampoco el valor económico de la misma, la sociedad no evolucionaría y no podría hablarse de una economía social de mercado, aspecto importante para el desarrollo de la sociedad en el sistema capitalista; entonces el crecimiento económico por la circulación de los bienes en el mercado favorece principalmente a la sociedad generando el bien común, pues todos con dicha circulación de una u otra manera y en mayor o menor medida se benefician; en ello, a nuestro entender, la explotación del bien por el titular favorece a la sociedad cumpliendo su función social, sin embargo cabe precisar que si bien es importante el desarrollo económico porque favorece al conjunto social, también es cierto que, el uso y aprovechamiento económico no necesariamente debe ser en grandes magnitudes para que dicha propiedad cumpla su deber, pues basta con que su explotación sea legal y beneficiosa en pequeña o gran medida para que esta no caiga en esteticidad siendo manejado conforme a su destino natural y cumpla con su función social, esto viene en acotación con relación al problema de investigación, en tanto, no debe preferirse solo a aquel que brinde mayores niveles de explotación económica como por ejemplo de empresas sino a aquellos que pudiendo ser personas naturales y de humilde condición les den también a la propiedad un uso que genere riqueza.

Traer a comentario la función económica e importancia de la propiedad es en razón a que esta se relaciona con el deber de utilizar los bienes de acuerdo a su destino natural para garantizar el bien común; para lo cual complementando la cita antes anotada, **Gerald P. O’Driscoll Jr. y Lee Hoskins** (2006), en su artículo llamado *Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico*; nos hablan de como el uso de la propiedad se trasluce a obtener “estándares de vida más elevados para todos”; lo que podría considerarse como un bien común, o al menos el no uso de la propiedad solo para beneficio personal exclusivo o que dicho beneficio sea perjudicial para un tercero:

El dominio sobre lo propio hace que los usuarios de la propiedad tomen plena conciencia de todos los costos y beneficios de emplear sus

recursos de una determinada manera. El proceso de ponderar estos costos y beneficios produce lo que los economistas denominan “resultados eficientes”, los cuales luego se manifiestan en estándares de vida más elevados para todos (O’Driscoll & Hoskins, 2006, pág. 01).

Aquí los autores nos están refiriendo que el uso que se le da a un bien propio es con conciencia ponderando los costos y beneficios para obtener mayores y mejores resultados, estos resultados van a incidir en una mejor calidad de vida no solo para quien usa de determinada manera el bien sino también para los demás.

Un comentario relacionado con la explotación del bien para seguir su “destino natural en la economía” conforme a su propia naturaleza, la realiza **Gastón Fernández Cruz (1994)** en su artículo *La Obligación de Enajenar y El Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Perú*; en este, enfocándose en la función económica en la transmisión de la propiedad señala aspectos importantes que de acuerdo al autor debe contener todo sistema ideal de transferencia el cual ya se ha estudiado, el primero de ellos se relaciona con la explotación del bien y el intercambio para obtener mayores beneficios; al respecto:

Hemos afirmado que la mejor regulación jurídica a la transmisión de la propiedad inmobiliaria debe responder a exigencias económicas y sociales que broten de la propia realidad que se pretende normar. (...), sobre la base de la natural orientación que toman las relaciones de intercambio, el legislador debe analizar si esa costumbre, económicamente hablando, traduce la opción más adecuada que maximice la circulación de la riqueza, reduzca los costos de transacción y relativice los riesgos propios de una transferencia de dominio (pág. 151).

Las tres últimas líneas enunciadas corresponden según el autor a las finalidades que debería cumplir un sistema ideal de transferencia de propiedad, esto se ha mencionado por el hecho de la primera finalidad consistente en la “maximización de la circulación de la riqueza”; el autor Gastón Fernández Cruz (1994) considerada “que la función esencial de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria es la de maximizar la circulación de la riqueza” (pág. 151), independientemente de compartir o no su posición esta función está vinculada con función de la propiedad. Al respecto debe señalarse que la función social no se refiere a la “finalidad o propósito práctico que las partes de un negocio jurídico determinado pretenden alcanzar como resultado empírico, sino a la finalidad que el ordenamiento jurídico (...) persigue alcanzar mediante la regulación de la transferencia de la propiedad” (pág. 150).

En tal sentido, se han recopilado citas enfocadas en la función económica de la propiedad, dada la necesidad de comprender el destino natural de utilización de la propiedad conforme a la economía; de las cuales, luego de su lectura se colige que la propiedad no es una invención del legislador sino que es inherente al ser humano, a su evolución y desarrollo económico, pues sin propiedad no avanzaríamos de la época en que la recolección y la caza eran los modos de subsistencia; con la propiedad existe la posibilidad de aprovechar al máximo sus beneficios, de incrementar la producción por el hecho mismo de la característica de exclusión y aprovechamiento de los bienes, obteniendo un resultado que termina beneficiando a la colectividad, pues la propiedad inmobiliaria debe responder a exigencias económicas que de acuerdo a la última cita darían lugar a la circulación y obtención de mayor riqueza que luego se manifiestan en estándares de vida más elevados para todos. En ese sentido, la funcionalidad social de la propiedad que refleja su propia naturaleza económica, sería el uso y aprovechamiento de los bienes si bien en busca de beneficios personales, con el deber de evitar daño a terceros, también con el deber social de hacer que las transferencias propendan a la circulación de la riqueza, esto es, no parar el tráfico inmobiliario, para lo cual debe darse un clima de favorecimiento a las transacciones.

A lo expuesto se debe agregar que ello se da en los intercambios que se produzcan en el mercado; cuando se obtiene un bien este no se obtiene para contemplarlo, tampoco nadie adquiere algo cuyo costo sería mayor que su beneficio o que no le fuera útil; sino que se busca obtener un beneficio mayor al costo; es decir la obtención y el uso del bien por sentido de lógica es para ser aprovechado, es para el propietario de utilidad, entonces toda transacción en este caso inmobiliaria sugiere que el adquirente lo realiza buscando algún beneficio o utilidad; ahora trayéndolo al problema en estudio ¿Acaso se prefiere a quien produzca con la adquisición mayor riqueza económica para el mercado? Al respecto, puede manifestarse que si lo que se busca con la función social de la propiedad, la misma que está vinculada con la economía para el bien común, es la circulación de la riqueza, esta no necesariamente debe traducirse en quien de los dos opositores genera mayor dinero o riqueza con la explotación del bien, si no que este tenga en su uso una utilidad suficiente para la circulación de la riqueza, que bien lo podría cumplir el propietario no registral, pues la propiedad inmueble al ser por ejemplo arrendada, genera un beneficio económico para el arrendador, al mismo tiempo el arrendatario obtiene también con el uso un beneficio; si el bien fuera para uso de vivienda, el adquirente habría pagado un precio por el bien al considerar que su adquisición es de utilidad, entonces para el comprador tendría mayor valor la adquisición por la utilidad de uso de vivienda que el precio pagado.

### **3.7.LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CONSTITUCIÓN**

La Carta Fundamental reconoce a la propiedad dentro de la enumeración de su artículo 2º, que agrupa a los principales derechos fundamentales, en los incisos 8) y 16); además también atribuye al Estado el deber de garantizar su inviolabilidad, salvo expresas excepciones. Por lo que el derecho a la propiedad tiene categoría constitucional de derecho fundamental.

### 3.7.1. Características del Derecho de Propiedad según el Tribunal Constitucional

El Supremo interprete de la Carta Política, en la sentencia recaída en el expediente N° 05614-2007-PA/TC LIMA, en el caso Aspillaga Anderson Hermanos S.A., precisa:

7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser. a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (Aspillaga Anderson Hermanos S.A. Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2009).

El Tribunal Constitucional describe dos características del derecho de propiedad el ser un derecho pleno e irrevocable de acuerdo a la constitución, en el sentido que el titular puede disponer libre y voluntariamente en la forma que considere de los atributos de la propiedad sin impedimento de algún particular, en cuanto se ejerza dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y la constitución, que consiste en respetar el derecho de terceros y ajustarse a las excepciones literalmente determinadas por la Constitución. Es decir, fuera de las limitaciones del orden jurídico y las excepciones de la Carta fundamental, el titular del derecho de dominio no puede verse restringido del uso, disfrute y aprovechamiento de la propiedad por un tercero sin sustento en la Constitución. ¿La protección del sistema registral al tercero de buena fe adquirente, es una de las excepciones de la constitución, esto es, tiene soporte constitucional para privar legítimamente el derecho de propiedad al opositor de ese mismo derecho?

8. Entonces cabe enfatizar que las restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad deben: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución (Aspillaga Anderson Hermanos S.A. Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2009).

En esta cita no vemos cuáles son esas restricciones, sin embargo se establecen las cualidades que deben cumplir fundamentalmente deben estar encausadas en la constitución por cumplir un fin constitucional; hacerse, sea cual sea su objetivo específico con licitud, pues deben lograr un “objetivo legítimo” amparado por la sociedad, y estar establecidas por ley, entonces las cualidades descritas en la cita son copulativas no excluyentes, por lo que cualquier acción tendiente a restringir el derecho de propiedad privada debe encausarse únicamente en fines constitucionales; ante esto cabe considerar si ¿la prevalencia del principio de fe pública registral ante la falta de inscripción de sujeto que reclama el mismo derecho tiene sustento constitucional?

La Corte Suprema de Justicia de Justicia de la República, nos informa en la Casación N° 1850-2016 -Lambayeque, sobre Indemnización:

La trascendencia del derecho propiedad es de tal envergadura que en nuestro sistema jurídico nadie puede ser privado de él, salvo causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago de una indemnización justipreciada, tal como está establecido por la norma constitucional (Bertha Angelina Colmenares de Ugaz Vs. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 2017).

Esta cita es clara, el supremo intérprete de la constitución enfatizando la importancia del derecho de propiedad imperativamente afirma que es un derecho tan grande que “nadie puede ser privado de él”, salvo expresas excepciones que son seguridad nacional o necesidad pública incluso en casos como esos debe pagársele una indemnización por la privación sufrida. ¿El supuesto de dejar al adquirente no inscribiente sin protección legal o sin la potencialidad de recuperar su propiedad ante un tercero registral de buena fe pública formal, en cuanto este no observó la diligencia debida para prever la ocupación del bien? ¿Acaso solo basta verificar la titularidad registral, esto es aspecto netamente formal descuidando la actual situación real del inmueble a adquirir? ¿Cómo un sujeto puede alegar buena fe pública registral sin la constatación de las condiciones reales del bien y solo de las formales o de gravamen?

### **3.7.2. Función Social de la Propiedad**

Domingo García Belaunde (2009), en su libro *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional* ha señalado que:

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común. El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece (pág. 644).

Al respecto, el autor en mención, buscando jurisprudencia extranjera, nos revela líneas del Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC/37/1987 del 26 de marzo de 1987 sobre recurso de Inconstitucionalidad promovido por don Luis Fernández

Fernández-Madrid, comisionado por 53 Senadores, contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, en el que ha precisado:

“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir” (pág. 644).

En los comentarios anteriores se ha tratado conjuntamente con los conceptos de propiedad la función social a la que está llamada a cumplir, estas dos citas refuerzan la idea de que si bien el propietario utiliza el bien para satisfacer sus intereses, la función social encamina su uso y aprovechamiento de forma tal que esté en armonía con el bien común. La propiedad privada no por ser tal debe emplearse para fines egoístas y amenazantes del orden social, pues la manera en cómo se utilice no puede perjudicar los intereses de la colectividad, sino que en esta debe internalizarse la necesidad de emplearlas con licitud, para que sea coherente con el orden jurídico y con los valores sociales;

Las citas en comentario hablan de “intereses de la colectividad” como “finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”; sin embargo, no señala cuál es esa utilidad social que la propiedad está llamada a cumplir.

En citas pasadas con motivo de tratar el aspecto relativo de la propiedad se habló también de la función social, García Belaunde señalaba que “dicha función social tan solo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público” y cuando

se traten de bienes de utilidad privada “basta abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad” reconociendo que “la propiedad se encuentra sujeta a limitaciones impuesto por el interés general”; en ese sentido quedó entendido que cuando se hablaba de que solo para bienes de servicio público se valoraba la función social, se refería a cuestiones de un interés concreto no de un sujeto particular sino de la comunidad como es el caso de la expropiación en donde por razones de necesidad pública o seguridad nacional puede arrebatarse la propiedad - y aun en ese supuesto previa indemnización justipreciada, caso en el que cobra sentido, pues el bien a expropiar cumplirá su deber social, pero cuando se trata de intereses particulares no habría interés social que peligre por su no despojo; esto concatenado con las citas ulteriores, ello se complementa diciendo que aun cuando los bienes de propiedad privada se emplean para obtener un “beneficio individual” con cuidado de no perjudicar a terceros, también se tiene la obligación de explotarlos de acuerdo a su naturaleza consustancial, que según lo expuesto económicamente hablando se trata de favorecer la circulación de la riqueza; esto es, no obstruir el tráfico inmobiliario, de lo cual ya se ha sentado criterio.

### **3.7.3. Elementos esenciales del derecho de propiedad según la economía**

Gerald P. O’Driscoll Jr. y Lee Hoskins (2006), en su artículo llamado *Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico*; sobre los elementos de la propiedad, señala:

Los dos elementos esenciales de los derechos de propiedad son: 1) el derecho exclusivo de los individuos a usar sus recursos como juzguen conveniente siempre que no violen los derechos de otro y 2) la capacidad de los individuos para transferir o intercambiar esos derechos a voluntad. (O’Driscoll & Hoskins, 2006, pág. 06)

#### **3.7.4. La Garantía Institucional de la Propiedad**

Domingo García Belaunde (2009), Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, autor del *"Diccionario De Jurisprudencia Constitucional (definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional)"* define a la garantía institucional como *"una formula constitucional destinada a asegurar una especial protección a una institución jurídica"* (pág. 291). Agrega el autor que *"La constitución puede instituir una garantía institucional para que, de manera efectiva, el Estado concrete a través de la ley un mandato de defensa y resguardo"* (pág. 291).

La Constitución Política ha establecido algunas garantías institucionales como por ejemplo la autonomía universitaria contenida en el artículo 18°, que está ligada con derechos fundamentales como libertad de cátedra, de enseñanza y de conciencia; otro ejemplo de la garantía institucional es la seguridad social que *"está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión"* (pág. 292), así lo refiere el comentado autor trayendo a colación la sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el expediente N° 0050-2004-AI/TC, a folios 53.

Un texto interesante del autor es cuando afirma que las garantías institucionales aluden a *"la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico"* (pág. 291). Entonces estarían creadas con el propósito de brindar protección constitucional a instituciones esenciales del ordenamiento jurídico; en el caso del derecho a la propiedad, la misma está catalogada como un derecho fundamental y constitucional, al mismo tiempo que se constituye como una institución civil, ¿De qué manera se garantiza su institucionalidad? o ¿como se desarrolla en este caso la garantía institucional?. Esta interrogante es importante ante la necesidad de comprender si la forma en cómo se garantiza la propiedad coadyuvaría a fortalecerla, protege al verus domino o al tercero registral y en virtud de qué?

¿Podría concebirse a la inalienabilidad por falta de (capacidad sustancial de disposición) como garantía institucional del derecho de propiedad privada? Si no existiera o no se configurará la capacidad de disposición del transferente por haber ya vendido el bien, entonces secundaria en las ventas sucesivas un vicio que hace inaceptable aun con la protección del registro concebir como propietario legítimo al nuevo adquirente. Pero cuyo vicio al estar sustentada en una apariencia razonable, solo de demostrarse elementos extraregistrales suficientes como para considerar en grado de certeza inadvertida la presencia de otro titular podría subsanarse al comprobarse la buena fe. Estaríamos ante un caso especial de contienda de propiedad en que concurren dos sujetos el segundo adquirente en virtud de apariencia razonable y que solo de buena fe podría mantener el bien.

### **3.7.5. La Propiedad como Garantía Institucional**

En el intento de desarrollar la interrogante planteada supra, acudo a la página 641 del texto con el cual desarrollo este capítulo, de Domingo García Belaunde (2009), quien está siendo fuente de referencia. Al respecto:

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico □...□. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantía que permitan institucionalizar el derecho (...) (pág. 641).

Por cierto, la concepción de la defensa y promoción de la propiedad privada como una garantía institucional del desarrollo económico, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho en los caso de conflicto de titularidades. Recordemos que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto.

Al respecto, Jorge Avendaño Valdez (1994), en su artículo titulado *El derecho de propiedad en la Constitución*, sostiene que:

la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio (pág. 118).

El Tribunal Constitucional nos dice que la defensa y promoción de la propiedad son la garantía institucional para el desarrollo económico, para ello es necesario que el titular pueda oponer su derecho ante terceros y generar las consecuencias económicas que les son propias, además refiere que el Estado es el encargado de crear la garantía que permita institucionalizar el derecho.

La propiedad es una institución jurídica a la que se puede considerar como componente esencial del ordenamiento jurídico; si hablamos de la propiedad como garantía institucional de desarrollo económico estaríamos diciendo que necesita constitucionalizarse para brindar especial protección, dicha protección tiene un acápite constitucional cuando del régimen económico se habla, conforme se detallará más adelante. En este caso el derecho de propiedad no necesita constitucionalizarse dado que es un derecho explícitamente reconocido en la constitución y a la vez un derecho fundamental que merece especial protección del Estado. Entonces hablamos de un derecho fundamental, que es en sí mismo una garantía institucional contemplada en el artículo 70° de la carta política, y que el Estado debe garantizar y promover su defensa y protección, pero ¿De qué manera el Estado actualmente está promoviendo la defensa y

protección del derecho de propiedad cuando surgen dos presuntos propietarios uno en relación a la venta a non domino y otro en virtud de la adquisición por solo consenso?

### **3.7.6. Seguridad jurídica y Connotación económica del derecho de propiedad**

El comentado autor Domingo García Belaunde (2009), cita una parte del fundamento cinco de la sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC, sobre Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín, donde el Tribunal Constitucional señala:

(...) el derecho constitucional a la propiedad tiene una incuestionable connotación económica, (...). De este modo, el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico. Tal conclusión se ve reafirmada cuando en el título "Del Régimen Económico", específicamente en el artículo 60° del texto constitucional, se dispone que "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (...)". Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo (García Belaunde, 2009, págs. 644-645).

En este enunciado se vincula la seguridad jurídica. Si bien concordamos en que la oponibilidad otorga seguridad jurídica, desde el enfoque económico esta oponibilidad se

está utilizando para “generar a partir de la seguridad jurídica que otorga, las consecuencias económicas consustanciales a la finalidad social de la propiedad, al respecto independientemente que cumpla con su función social, con lo que también estamos de acuerdo, cabe precisar que según la lectura saberse titular por simple convicción no opondría de ninguna manera del derecho frente a terceros, indicando que la forma de oponer el derecho sería a través de la inscripción en el registro público convirtiéndose así en garantía institucional, esto es, que el registro público institucionalizaría la propiedad, posición última que rechazamos en mérito a que de acuerdo a nuestro sistema de transferencia de propiedad esta se perfecciona fuera del registro y siendo una de las características inherentes a la propiedad su oponibilidad erga omnes, no vemos de qué manera la no inscripción afecta dicha oposición, decir lo contrario no sería consecuencia con la propia característica del derecho ni menos con la forma de transferencia; pues si bien es cierto el registro público es una herramienta que brinda seguridad jurídica esta no puede erigirse como si una institución constituyera el sistema propio de transferencia, máxime si la forma en cómo se regula la buena fe para la protección del tercero registral no va más allá de la apariencia registral y publicidad que no en pocas ocasiones difiere y hasta el motivo de fraudes registrales y adquisiciones a non domino, pues considerando nuestra realidad informal el registro no es una herramienta que al ser empleada nos dé total certeza de la inexistencia de contubernio para defraudar las expectativas sociales de compradores quienes luego se ven confrontados con otros titulares. En tal sentido la inscripción en el registro público si por un lado brinda seguridad jurídica a determinados adquirentes, también de otro brinda inseguridad jurídica a otros tantos, ante la presencia de muy posibles defraudaciones registrales, casos emblemáticos lo refrendan tal como el caso Orellana, en ese sentido la seguridad jurídica es de una u otra forma desde el aspecto de donde se mire, si desde el tercero registral o desde el adquirente no inscribiente. Ello tampoco quiere decir que debe evaluarse las formas en que los negocios jurídicos sean más seguros.

### 3.7.7. Contenido esencial

Para tener claro a que nos referimos cuando hablamos de contenido esencial, citamos a Gilberto Mendoza del Maestro (2013) quien señala que “Posiciones sobre el denominado contenido esencial hay diversas, no obstante adoptamos aquella que indica es parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad y no es reconocible como tal derecho” (pág. 06), estando a lo expuesto el contenido esencial de un derecho es aquel que sin él, el derecho deja de ser tal, esto es, que forma parte integrante o intrínseca y no accesoria del derecho, por lo que si se suprime, el derecho pierde su esencia y ya no sería reconocible.

Es preciso ver ahora cual es el contenido esencial del derecho de propiedad, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2175-2009-PA/TC, con motivo del recurso de agravio constitucional interpuesto por don Uriel García Pérez y doña Gloria Mercado Ocampo contra la resolución N° 26 de la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Cuzco:

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo a partir del artículo 2°, incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70° de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En efecto, desde la perspectiva

constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones (Uriel García Pérez Vs. Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, 2010). Por ello, la determinación de su contenido esencial "(...) no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad" o un doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites establecidos por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional (Adolfo Urbina Nizama Vs. Ley N° 28047, 2005, pág. 11).

El contenido esencial del derecho de propiedad según la interpretación constitucional es la “Utilidad individual y función social”, dos aspectos que definen inseparablemente el contenido del derecho de propiedad, conjugado con el artículo 70 de la Carta Política. El contenido esencial de un derecho es aquel núcleo duro que cuando es atravesado y se vulnera por ciertas acciones, tiene relevancia constitucional, por tanto de

protección especial; existen deberes, limitaciones y obligaciones del propietario al buscar su utilidad personal pero debe enrolarse con la función social a la que esta llamada, en lo cual el Estado cumple un deber importante de regular el ejercicio de este derecho a través de leyes.

### **3.7.1.1. Contenido esencial del derecho de Propiedad según el Tribunal Constitucional Español**

El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC/37/1987 del 26 de marzo de 1987 sobre recurso de Inconstitucionalidad promovido por don Luis Fernández Fernández-Madrid, comisionado por 53 Senadores, contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, en el que ha precisado:

El art. 53.1 de la Constitución establece que la Ley debe respetar en todo caso el contenido esencial de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la misma, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Aquí, el contenido esencial del derecho de dominio es la facultad de uso y disfrute. Si ésta se expropia, debe indemnizarse como si de una expropiación del dominio se tratara, pues, en caso contrario, se produciría un fraude a la Constitución.

Por otra parte, aunque el derecho de propiedad puede ser limitado en virtud de su función social, la limitación debe respetar siempre el contenido esencial del derecho, tal como ha entendido el significado del contenido esencial la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. En este sentido, y teniendo en cuenta la evolución histórica de nuestro ordenamiento jurídico, puede decirse que el núcleo esencial del derecho de propiedad consiste en la facultad de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa o derecho sin más limitaciones que aquellas que se impongan mediante Ley o no vayan más allá de lo que en cada momento

se considere razonable por la sociedad (Luis Fernández Fernández-Madrid Vs. determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía, 1987).

El Tribunal Español tiene un concepto de contenido esencial de derecho de propiedad, en parecidos términos que nuestro Tribunal en cuanto se refiere a las limitaciones que puede tener este derecho, el intérprete citado señala que estas deben ser razonables, además las limitaciones encontrándose impuesta por ley solo de ellas pueden ser desprendidas. Las limitaciones deben ser razonables y fijadas solo por ley; el rechazo a la expropiación del uso y de disfrute, como parte de su contenido esencial nos advierte que también para esta nacionalidad la propiedad es inviolable y además que su contenido esencial radica en el uso y disfrute y que su expropiación debe obedecer a una causa justificable; por lo que transgredir el derecho de uso y disfrute del dominio sin causa razonable para la sociedad atenta directamente su contenido esencial. En tal sentido puede observarse que aunque la defensa de la propiedad también para España es incuestionable, su contenido esencial es el uso y disfrute, en cambio para nuestro sistema el contenido esencial no pasa por el uso que implícitamente comprende la sola posesión, pues la posesión no se defiende mediante garantías constitucionales sino mediante acciones civiles; esto es que si incluso para un sistema parecido al nuestro el núcleo duro del derecho es el uso, con mayor razón en nuestro sistema donde el uso que comprende la posesión no forma parte del contenido esencial, este contenido debe protegerse celosamente teniendo en cuenta que el usar y disfrutar de un bien en determinados circunstancias involucra la defensa de la propiedad y no solo la posesión; como el caso materia de investigación.

El autor citado, Mendoza del Maestro (2013), citando una sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 008-2003-AI/TC publicado el 01 de junio del dos mil cinco

Nuestro Tribunal no ha definido claramente cuál es el contenido esencial de la propiedad, sin embargo sí nos ha brindado algunas aproximaciones toda vez que ha señalado que la posesión no forma parte del contenido esencial “2. (...) *no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece.(...)* ” (pág. 06)

Esta cita comprende los supuestos en que la trasgresión de la cualidad posesoria del dominus no afecta el núcleo duro del derecho constitucional y por tanto no sería atendible en sede constitucional con una acción de garantía; no obstante, no formar parte del contenido esencial merece tutela mediante los procesos tales como acciones interdictales, desalojos, entre otros, donde no se discuta la propiedad sino la mera posesión. Al respecto cabe precisar que si bien el Tribunal indica que la sola posesión o posesión por sí sola no forma parte de dicho contenido, lo cual a criterio del suscriptor tiene razón, no obstante conviene aclarar que la defensa del derecho de propiedad basada en la posesión se manifiesta en cuanto esta última exterioriza el ejercicio del derecho debidamente adquirido, siendo la posesión un medio de probanza de tal derecho para reclamar la vigencia del mismo, esto es, la invocación de la posesión no es en sí misma un fin como lo haría un arrendatario, sino un elemento de suma importancia que se valora en el conflicto de la problemática planteada invocado por el que se dice propietario; cuando existen el propietario registral y el propietario que cuenta con otros elementos que justificarían su dominio.

### **3.8.TEORÍAS EN RELACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD**

#### **3.8.1. El contrato de compraventa como título de adquisición de la propiedad**

En este punto, la intención no es profundizar sobre el contrato, sino de enfocarlo en la compraventa que es origen de la adquisición;

Mario Castillo Freyre (2003), en su libro denominado *Estudios sobre el Contrato* indica que legislativamente “se ha regulado al contrato de compraventa como contrato simple” (pág. 12), esta clasificación la toma del criterio del Doctor Manuel La Puente y Lavalle; también aclara que siendo el objeto de los contratos las obligaciones, el código de 1984 “desterró del Derecho Peruano a los contratos reales” definiendo a la compraventa como:

“(…) un contrato simple, donde el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad y el comprador la de pagar el precio en dinero” (pág. 13).

##### **3.8.1.1. Características del contrato de compraventa**

Mario Castillo Freyre, a quien tomaré como referencia para tatar este apartado, establece las características clasificándolas de la siguiente manera: 1) De acuerdo a su nombre, se trata de un contrato nominado; 2) en cuanto a su regulación es un contrato típico; 3) en cuanto a su estructura es un contrato simple, del cual han sido tomados la definición transcrita; 4) en cuanto a su contenido es un contrato civil; 5) Sobre su autonomía, es un contrato principal; 6) El aspecto de su formación importa tratar, debido a que el maestro señala que pueden clasificarse en consensuales, formales y reales, siendo la compraventa “un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo

consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija” (págs. 09-14).

El hecho de establecer sus principales características, se motiva en determinar cuándo nos encontramos ante una venta válida con relación a la característica de su formación, pues conociendo que el contrato de compraventa es consensual, dado que no sigue una formalidad impuesta por ley para su celebración, la prueba de su existencia queda abierta a diversos elementos que la acrediten razonablemente.

### **3.8.2. Elementos constitutivos del contrato en relación con la venta válida**

El artículo 140° del Código Civil establece que *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.*

*Para su validez se requiere:*

- 1.- Agente capaz.*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3.- Fin lícito.*
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

### **3.8.3. Elementos que configuran una transferencia válida de propiedad inmueble**

Citando a Gilberto Mendoza del Maestro (2013) en su artículo de revista denominado *La Fe Pública Registral y La Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)*, Señala:

Ahora bien, si bien hemos mencionado el tipo utilizado para la transferencia de bienes inmuebles y sus diversas interpretaciones, corresponde verificar como se configura el mismo a partir de 3 requisitos: La titularidad, la legitimación y el poder de disposición. (pág. 12).

Agrega, citando a Antonio Junqueira de Azevedo en la segunda edición de su obra titulada *Negócio Jurídico: Existência, Valida de e Eficácia*, señala que “Tanto la titularidad, la legitimación y el poder de disposición en una adquisición derivada existen en base a una relación jurídica antecedente. (Relación jurídica legitimante) (pág. 15).

Estos tres requisitos, son tratados por el autor bajo comentario, por lo que a continuación se dará un breve concepto de los mismos, entendiéndose que todos estos pertenecen al contenido del artículo *La Fe Pública Registral y La Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)*. Al respecto:

### **3.8.1.2. Titularidad**

(...) es la pertenencia subjetiva del derecho de propiedad a los titulares del dominio, la cual otorga exclusividad y es oponible Erga Omnes. (...), Cariota Ferrara señala en forma amplia que (...) es “appartenza esclusiva erga omnes del diritto” (pág. 12).

### **3.8.1.3. Legitimación**

“La legitimación puede ser voluntaria (vía el ejercicio de la autonomía privada), legal (mandato de la ley) y judicial (mandato judicial). Asimismo puede clasificarse en legitimación causal, legitimación formal y legitimación aparente” (pág. 14).

- **Legitimación Causal**

Por legitimación causal entendemos que existe un título que contiene un negocio jurídico en la cual existe la causa eficiente que genera una situación jurídica legitimante. Dicho título es el fundamento de la legitimación (pág. 14).

- **Legitimación Formal**

Sobre la legitimación formal, el comentado autor Gilberto Mendoza del Maestro (2013), citando a Andreas Von Tuhr, en su libro *Teoría General del derecho alemán*, traducido por Tito Ravá, indica que, esta “no subordina la eficacia legitimadora a una causa jurídica, sino a lo que se expresa formalmente, por ejemplo, en el registro. Este tipo de legitimación lo encontraríamos por ejemplo en el sistema alemán” (pág. 14).

- **Legitimación Aparente**

(...). En ciertos casos existe un supuesto de hecho de un titular que no es el real, sino que por signos exteriores razonables es “aparente de derecho”, por lo que la norma -en ciertas circunstancias- le otorga, en substitución de la legitimación normal, la eficacia legitimadora (pág. 14).

Gilberto Mendoza del Maestro (2013) Cita a CARNELUTI, en su libro *Teoría general do direito* para indicar que este autor señala que “es una legitimación de hecho, dado que titular aparente no tiene situación jurídica, sino que encabeza situación material” (pág. 14). En ese sentido complementa diciendo que MENGONI Fundamenta mejor “cuando señala que la legitimación aparente es una titularidad efectiva y no una

apariencia de titularidad. (...) no es un reflejo del poder jurídico del sujeto, sino que se deriva del poder de hecho del titular aparente” (pág. 14),

Una posición interesante, que cuestiona la que se acaba de exponer es la de Francisco Pontes de Miranda, en su libro *Tratado de direito privado*, citado por Del Maestro Mendoza (2013):

En contra de esta posición PONTES DE MIRANDA señala que nada tienen de fáctico, son legitimaciones jurídicas.<sup>76</sup> Es decir el legitimado aparente tiene una posición (interés) socialmente relevante por los terceros respecto al objeto del negocio, lo que genera la calidad de titular aparente (pág. 15).

#### **3.8.1.4. El Poder de Disposición**

Andreas Von Tuhr, En su libro *Teoría General del derecho alemán*. Traducido por Tito Ravá, citado por Del Maestro Mendoza refiere que “(...) y se denomina poder de disposición la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone.” (pág. 16); Por su parte, Francesco MESSINEO, en su *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Jurídicas Europa – América, 1979, T.II, Pp. 104, 105., nos dice “(...) el poder jurídico de disponer (o poder de disposición) (...) es una relación del sujeto con un derecho subjetivo.” (pág. 16).

FERRARA señalará –tomando el ejemplo de Thon- que lanzada una piedra, esta no podrá volver a ser lanzada (dado que salió de nuestro patrimonio) lo cual no significa que no se tenga la facultad de lanzar otras piedras, por lo que la facultad de disposición si bien es una potestad

abstracta, permanece siempre como fuerza constante en el sujeto. Por tanto, al ser intrínseca a la capacidad, no es que falte el poder de disposición sino que falta el bien sobre el cual el poder de disposición debe actuar (pág. 17).

Debe tenerse en cuenta, que si el poder de disposición forma intrínsecamente parte de los denominados derechos de la personalidad, no podría darse la denominada adquisición a non domino, dado que se estaría privando al verdadero titular de forma mediata del poder de disposición de circular su patrimonio, toda vez que otro ya habrá dispuesto del mismo sin su consentimiento. (pág. 19).

Los tres requisitos tratados, son presupuestos intrínsecos del sujeto de derecho, sin los cuales respecto al bien que pretende transferir no se configuraría una venta válida; además advertimos que se relacionan con los elementos del artículo 140° del Código Civil, en cuanto al agente capaz, objeto, fin y forma; en tal sentido concordamos con el autor en que aquellos presupuestos son legitimantes de una venta válida, esto es que, juntamente con los requisitos del artículo del código acotado debe verificarse que en el sujeto concurren tales presupuestos. Al respecto; de los tres, el tercero asume relevante importancia en la medida que si el sujeto no tuviere dentro de su patrimonio el objeto que pretende transferir, entonces el poder de disposición intrínseco a su capacidad jamás podrá ejercerse sobre dicho bien, por no pertenecer a la esfera jurídica patrimonial del transferente, lo que conlleva a que en realidad no se configure una venta válida, aun cuando el sujeto sea un agente capaz, pues si bien tuviese capacidad al ser considerado apto por el orden jurídico para transferir todo bien del que es titular y por tanto la legitimación dada por el ordenamiento jurídico lo predispone a sacar de su esfera patrimonial un bien propio; esto es porque en ello confluyen los requisitos intrínsecos del sujeto; sin embargo al faltar el poder de disposición de un determinado objeto, falta también la capacidad para transferir, no aquella capacidad jurídica que normalmente

cualquier sujeto posee - relacionada a la idoneidad o aptitud para contraer obligaciones - sino a que aun teniéndola no puede obligarse respecto de un bien del que no tiene poder de disposición por no ser el titular, esto es, no tener al bien dentro del dominio de su esfera patrimonial y por ende tampoco la legitimación en cualquiera de sus modalidades, razón por la cual se puede afirmar que la falta de titularidad conlleva a no ejercer válidamente el poder de disposición sobre un bien del que lógicamente no se tiene relación de pertenencia y por ende se carece de legitimación que viene dada por la falta de causa legitimadora en cualquiera de sus modalidades.

De las definiciones trazadas, puede considerarse como la más apropiada a la descrita por el Doctor **Gunter Gonzales Barrón (2011)**, que define a la propiedad de la manera siguiente:

La propiedad según el derecho civil es una atribución directa, exclusiva, absoluta e inherente que recae sobre bienes, y cuyo interés es el disfrute y aprovechamiento de los mismos, siempre dentro de los límites que establezca puntualmente el bien común y el interés social; Pues es la que mejor describe a la propiedad desde el aspecto civil.

De otro lado, Gunther critica el Carácter relativo de la propiedad pues considera que este no es tal, sino por el contrario absoluto, indicando que la inscripción en el registro no le otorga la característica de erga omnes, pues este ya lo tiene, sino le confiere la posibilidad de oponer el tercero su derecho frente a otro.

Se señaló también el concepto legal de propiedad, llegando a comprobar que no ha variado, pues su sentido es tenerla como un poder pleno; sin embargo, en doctrina también se conoció que actualmente su definición ha trascendido y ahora se le conoce con un enfoque funcionalista que está plasmado en la Constitución haciendo la evocación a la propiedad como derecho fundamental.

La Constitución tanto de 1979 como la actual de 1993 han plasmado la concepción de propiedad funcionalista, enfocando su función en el bien común; en tal sentido la

perspectiva constitucional de la propiedad corresponde a la nueva noción conforme a lo que señaló Gunther Gonzales, que traemos a colación:

La noción moderna de propiedad (constitucional o del sistema de los derechos humanos) pulveriza aquella plasmada en los Códigos, (...). Hoy, la función social atraviesa el contenido mismo de la propiedad, ya que esta cumple un objetivo de bien común. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional del Perú.

Entrando en el tema de derechos fundamentales, la Constitución reconoce el valor de fundamental de la propiedad privada, en el artículo 2°, que agrupa a los principales derechos fundamentales; en tal sentido es un derecho fundamental elevado a categoría constitucional.

El Tribunal Constitucional lo caracteriza por ser un derecho pleno e irrevocable, pero siempre dentro de los límites que la propia constitución impone, un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, un derecho irrevocable, porque su extinción o transmisión depende solo de la voluntad del titular, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política. Asimismo, según la economía el derecho de propiedad es un derecho exclusivo de los individuos a usar sus recursos de la forma que deseen y de transferir o intercambiar esos derechos a voluntad, esos serían sus principales elementos.

Se ha tratado a la propiedad en el orden civil, donde prevalece un concepto legalista, también se trató de la propiedad en la constitución y en ese orden su concepto trasciende los límites legales para enfocarlo a un derecho fundamental con una función que le impone el orden jurídico promovido por el interés social, de ahí que el titular no solo tiene un haz de facultades sino también obligaciones, esto es, velar por su

satisfacción personal y a la vez por el bien común, en ello se revela la función social que impone la constitución a la propiedad privada.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional considera que la defensa y promoción de la propiedad funcionan como garantía institucional del desarrollo económico, siendo imprescindible la capacidad de oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica, las consecuencias económicas que le son consustanciales.

En ese sentido, para el referido Tribunal la inscripción del derecho de propiedad en el registro que brinda seguridad es la garantía institucional para la creación de riqueza individual y colectiva.

El contenido esencial del derecho de propiedad está integrado por la utilidad individual y la función social, que son consustanciales al derecho mismo y por ende vinculados al bien común.

Finalmente como teorías relacionadas con la adquisición del derecho de propiedad, se trató el tipo de contrato que lo regula, llegando a la determinación que la adquisición se realiza mediante un contrato eminentemente consensual, esto es por el solo acuerdo voluntario de partes y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija, sin embargo existen elementos esenciales del acto de venta que deben darse en el contrato para que configuren la validez del mismo, previstos en el artículo 140° del Código Civil, que son, sujeto capaz, objeto, finalidad y formalidad, pero paralelo a estos, también existen otros elementos inherentes al agente vinculados a los otros elementos que deben concurrir para que la transferencia sea válida que según Gilberto Mendoza del Maestro, son: la titularidad, la legitimación y

el poder de disposición, sin los cuales la transferencia estaría viciada, en sentido contrario la presencia copulativa de estos informan de la validez en el acto de venta y transferencia.

## **CAPITULO IV**

### **LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SU IMPLICANCIA EN EL TRAFICO JURIDICO DE BIENES INMUEBLES**

El tercer objetivo específico del trabajo de investigación consiste en “analizar la aplicación de la fe pública registral para determinar su efecto sobre el tráfico de bienes inmuebles en el Perú”. El estudio que pretendo hacer sobre la fe pública registral y la relación con el tráfico jurídico inmobiliario se debe a que considero que se les otorga suma importancia de contenido económico en razón al desarrollo del sistema capitalista, lo que trae consigo, una aparente confrontación entre un derecho principio jurídico de corte constitucional: el derecho de propiedad; Para ello es necesario conocer aspectos directamente relacionados con la fe pública registral y cómo esta influye en el tráfico de bienes inmuebles; ¿tal vez en esto podamos encontrar la causa de la protección del tercero de buena fe pública registral frente al otro titular no inscrito?; En ese sentido también será importante estudiar la institución registral en la que se desarrolla o se aplica el principio de fe pública registral especialmente para conocer las circunstancias en que surgió su incorporación o si su aplicación se ajusta a situaciones reales y actuales que es básicamente para lo que surgen las instituciones jurídicas, dado que la fe pública registral no solo es parte de la institución del registro sino que está regulada legalmente en el Código Civil, de ahí la aparente contradicción entre el artículo 949° y 2014° del acotado texto legal.

#### **4.1. LA FE PÚBLICA**

Previo a tratar a la fe pública registral como principio del derecho registral, así como norma contenida en el código civil, es pertinente conocer algunas nociones generales de lo que se define como fe pública como principio general del derecho, y aspectos concernientes a su regulación.

#### **4.1.1. Definición**

Raúl Chanamé Orbe (2014), en la novena edición de su *Diccionario Jurídico Moderno*, precisa que la fe pública es la:

“Autenticidad que merecen los actos celebrados por los funcionarios públicos, investidos con potestad para otorgarlos” (pág. 389)

Para Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas de las Cuevas (2010), en su *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*; la fe pública es la:

Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido, y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios (pág. 429).

#### **4.1.2. La Buena Fe como Principio General del Derecho**

Antonio Moreno García (1993), en su artículo titulado *Buena Fe y Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, define dos acepciones de buena fe, en su vertiente subjetiva y objetiva:

(...), buena fe en sentido subjetivo sería la creencia en que está una persona cuando considera que ejerce su derecho como es debido. En virtud de la buena fe existente en el sujeto, la conducta, que objetivamente es antijurídica e irregular, queda, sin embargo, protegida por el Derecho y es, por tanto, considerada lícita, al haber sido realizada de buena fe, esto es, en la creencia, basada en un error excusable, de que se ejercitaba el derecho correctamente (pág. 265).

Mientras que en su dimensión objetiva, el autor acota:

Viniendo a la segunda de las dimensiones indicadas, es decir, al concepto objetivo de buena fe, éste no se refiere ya a la ignorancia del daño que se ocasiona a un interés jurídico ajeno, sino que, de manera diversa, constituye un modelo de conducta social exigible a la persona en el tráfico jurídico y en el ejercicio de sus derechos. Así pues, desde este ángulo, la buena fe impone un comportamiento conforme a las reglas objetivas de la honradez, la lealtad y el respeto a la confianza suscitada, exigidas por el tráfico jurídico y por la propia moral social (Moreno García, 1993, pág. 266).

La buena fe comporta un modelo ideal de conducta social, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto, exento de subterfugios y malicia. Es en buena cuenta el espíritu escrupuloso con que deben cumplirse las obligaciones y ser ejercidos los derechos

#### **4.1.3. La Buena Fe en el ámbito Constitucional**

La Corte Constitucional de la Republica de Colombia ha apreciado el significado, que luce el principio de la buena fe:

*11. la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” (Jaime Felipe Fajardo Vs. Secretaría de Planeación Municipal de Popayán, 1992).*

#### **4.1.4. Clases de Fe Pública**

Fernando Jesús Torres Manrique (2010), en su escrito titulado *La Fe Pública en el Derecho Peruano* indica que “la fe pública es distinta, conforme esté encargada a determinados funcionarios, por lo cual se puede hablar de fe pública notarial, fe pública administrativa, registral, judicial y consular, entre otras” (pág. 39); La fe pública que importa tratar es la fe pública registral, por ello, las líneas siguiente del preste trabajo en ella se enfocarán;

#### **4.2. LA FE PÚBLICA REGISTRAL**

Para el estudio del principio de la fe pública registral, el conocimiento de la institución del Registro de la propiedad dentro del que se enmarca este concepto es importante y debe realizarse, en tal sentido en el desarrollo de la tesis se deberá estudiar dicha institución para conocer el contexto en el que surge el principio contenido tanto en el Código Civil, como en el Reglamento General de los Registros Públicos, que con fecha

25 de marzo del 2015 sufrió una modificatoria con la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la ley N° 30313 - Ley de Oposición al Procedimiento de inscripción Registral en Trámite y cancelación del Asiento Registral por Suplantación de identidad o Falsificación de Documentación y Modificatoria.

#### **4.2.1. Antecedentes Legislativos**

Como antecedente legislativo que sigue la misma línea encontramos al artículo 1052° del Código Civil de 1936 que, ubicado en el Libro de Derechos Reales, establecía:

"Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro".

El artículo 2014 del Código Civil de 1984, antes de la modificatoria introducida por el artículo 5 de la ley 30313, decía:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud a causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”

#### **4.2.2. Definición Actual de Buena fe Pública Registral desde la legislación**

Actualmente el texto ha variado, teniendo el siguiente contenido:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Sobre la eficiencia y aplicabilidad de la modificatoria Raffaella Cocchella Diez (2017), en su trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Registral, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado *El Supuesto Remedio de la Ley 30313 y Otras Supuestas Herramientas En El Registro*

Esta modificación lo que agrega es que el tercero para que alcance a tener buena fe (...), no solo deba revisar los asientos en la partida sino que es necesario revise los títulos archivados. No obstante la realidad es otra. (...)

Si bien con la ley 30313 se reconoce que el registrador se puede equivocar al momento de realizar el resumen del título cuando genera el asiento de inscripción, en la práctica solo se revisa el título archivado cuando hay duda respecto de la partida. Los abogados en su mayoría siguen confiando en el contenido de la inscripción (Cocchella Diez, 2017, pág. 08).

A respecto, la autora en líneas posteriores indica que la diligencia requerida por el tercero para que mantenga su adquisición es solo la verificación de los títulos archivados, para que pueda beneficiarse con la buena fe pública registral.

#### **4.2.3. Extensión de la Fe Pública Registral**

Jorge Avendaño Valdez y Luis Felipe del Risco Sotil (2012), en su artículo de revista *Pautas para la aplicación del Principio de Fe Pública Registral*, citando la Casación N° 3088-06-LIMA del 13 de junio de 2007, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de octubre de 2007, al respecto, indica:

(...) forman parte de la publicidad de los Registros Públicos, los títulos archivados, (...) porque como el asiento registral es solamente un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. Séptimo: (...).Octavo: En tal contexto, es menester precisar que cuando el Código Civil emplea el término “registro público” su concepto y alcances no puede ser interpretado de manera restrictiva, limitándolo solo al conocimiento del asiento registral, dado que la presunción absoluta de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos y documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los Registros Públicos (págs. 196-197).

Posteriormente, citando a la Casación No. 4077-2008-ICA del 11 de diciembre de 2008, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 02 de marzo de 2009, los mencionados autores indican:

La Corte Suprema también ha establecido que la buena fe no solo alcanza a los asientos registrales y títulos archivos del Registro de Propiedad Inmueble, sino la inexactitud no debe constar tampoco en ninguno de los demás registros que componen e integran los Registros

Públicos (Avendaño Valdez & Del Risco Sotil, 2012, pág. 197).

En opinión de Avendaño y Del Risco y Sotil (2012) “para que uno se encuentre protegido por este principio, debe revisar previamente los asientos registrales y los títulos archivados que dan lugar a la inscripción del titular aparente en los Registros Públicos” (pág. 196), sin embargo considera que esta norma “(...), hace todavía más engorroso y difícil la adquisición de inmuebles, elevando aún más los costos de transacción y obstaculizando la circulación de los bienes” (pág. 197).

El artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución No. 126-2012-SUNARP-SN, del 18 de mayo del 2012 recoge el principio registral de la siguiente forma:

*La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.*

Los dos tipos de definiciones doctrinal y legal, reflejan la construcción compleja que comprende la citada “fe pública registral”.

#### **4.2.4. Definición Doctrinaria del Principio de Buena fe pública Registral.**

El citado Maestro, **Gunter Gonzales Barrón (2015)**, define al principio de buena fe pública registral, en su libro denominado *La Falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad*, de la siguiente manera: “El principio de Fe registral protege a la persona que

inscribe su título adquisitivo oneroso, aunque después se anule, resuelva o rescinda el título previo al suyo (artículo 2014)” (pág. 69).

Se puede definir al principio de fe pública registral como aquel principio que propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro (Tarazona Alvarado, 2011).

Carla Yolanda Paredes Ciccía (2015) Egresada de la Maestría con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, en el artículo titulado, la Transferencia de Propiedad de Bienes Inmuebles y los Procesos de Tercería de Propiedad, considera:

Así, este principio beneficia al tercero que consideró como verdadero el contenido del asiento registral del derecho del cual es titular su transferente, manteniéndolo en su derecho con una presunción *iuris et de iure*, es decir, una presunción del derecho que no admite prueba en contrario, y en tal virtud, se expropiará de su derecho al titular real, haciendo eficaz el negocio transmisivo válido por la inscripción” (pág. 14).

Si bien es cierto, la definición de buena fe pública registral concuerda con las hasta aquí enunciadas, la autora incluso señala que “se expropiará de su derecho al titular real” que precisamente cuestionamos en este trabajo de investigación por la transgresión manifiesta del derecho de propiedad, también es cierto la que señala como una presunción *iuris et de iure*, lo que no concordamos y tampoco se ajusta a la realidad pues la presunción de la buena fe es una *iuris tantum*, o que admite prueba en contrario y esta prueba es que el tercero conozca la inexactitud registral que desvirtúe su buena fe, y como más adelante

se hará, no solo eso sino que la Corte Suprema ha señala que incluso pueda estar en posibilidad de no desconocer dicha inexactitud; por lo que rechazamos el enunciado de la autora.

Por su parte Eutiquio López Hernández, (2008) Notario Público del Distrito Federal de México, en su artículo titulado *El Principio de fe Pública registral ante la inscripción de documentos apócrifos*, anuncia que: “Dicho principio se enuncia en el sentido de que se deben tener por existentes y validos los derechos que se encuentren inscritos en el Registro Público de la Propiedad” (pág. 203).

Un concepto genérico del principio de fe pública registral la brinda la Revista de Ciencias Jurídicas N° 125 en el artículo denominado *Análisis del Fraude Inmobiliario a la Luz de Nuestra Jurisprudencia*, por Jorge Jiménez Bolaños (2011), Vice-Decano. De la Facultad de Derecho y profesor asociado de la Universidad de Costa Rica; leamos:

La fe pública registral es la creencia, por imperativo de la colectividad, de que la información contenida en la base de datos del Registro de la Propiedad es verdadera.

Su finalidad es brindar certeza de la situación jurídica que goza un bien inmueble en un momento determinado. De esa forma, el Registro resguarda los derechos, tanto de titulares como de terceros, pues se presume que la información contenida en la base de datos del Registro es cierta (pág. 87).

Jorge Avendaño Valdez y Luis Felipe del Risco Sotil (2012), en la revista *Ius Et Veritas* N° 45, brindan una apreciación de lo que consideran una definición de la buena fe pública desde el enfoque de la problemática planteada:

(...), el Principio de Fe Pública Registral supone que el verdadero dueño del bien, que no tiene derecho inscrito, queda privado de su titularidad en beneficio de otra persona (llamado “tercero registral”) que adquirió de buena fe de quien aparecía en el Registro como titular del bien y con capacidad para transferirlo, a pesar que este último no ostenta dicho derecho (pág. 190).

La concepción propuesta por Gunther Gonzales, resulta ser la más adecuada para definir este principio de fe pública registral, dado que se asemeja mucho al concepto legal, teniendo una definición casi completa, pues este enunciado enfoca la protección del tercero en base a la información registrada, que es principalmente lo que la define como tal; asimismo los demás autores concuerdan también en la protección del tercero cuya concepción debe variar; en ese sentido tales autores también reconocen la subrogación del derecho del titular real.

Al respecto debe precisarse que con esta definición se apodera al registro de potestad plena para validar todos los derechos que se encuentren inscritos, posición que rebatimos primero en razón del principio dispositivo de la inscripción de inmuebles y segundo por el sistema consensual para el caso de transferencias.

#### **4.2.5. Principio de Buena Fe Publica Registral – Contexto de su Adopción en el Perú**

##### **4.2.5.1. Origen**

Luis Eduardo Aliaga Blanco (2012), en su Tesis titulada *La Desnaturalización de la Finalidad del Registro de Propiedad Inmueble en el Perú*, haciendo una reseña

histórica de los antecedentes del Registro de Predios en el Perú, considera que la siguiente cita representa el primer antecedente o vestigio de protección registral; al respecto:

“Después de la invasión española se llevó a cabo un intenso proceso de recepción de las instituciones jurídicas hispánicas. **Gunther González**, afirma, citando a Roca Sastre, que:

“...en dicho momento histórico se encontraba vigente en España la pragmática de Carlos V, aprobada a propuesta de las cortes de Toledo. Esta disposición establecía que en cada ciudad que fuese cabeza de jurisdicción se encargaría a una persona que tuviese a su cargo un libro en donde se registrasen los censos, tributos, imposiciones o hipotecas sobre fincas; y de no registrarse dentro de un plazo específico, no haría fe ni se juzgaría conforme a dichos gravámenes, ni podía ser perjudicado por ellos cualquier tercer poseedor” (pág. 13).

Esta cita podría considerarse como un antecedente de la aparición de las primeras formas de la fe pública desde el enfoque del registro; sin embargo, al estudiar cómo surge el registro en el Perú y su evolución buscaré conocer el surgimiento de la fe pública registral, ello en la medida que permitirá conocer si su incorporación en el Perú, obedece al contexto histórico en el que se desarrollaba:

El mismo autor continuando con el relato histórico nos informa que: “Posteriormente, Carlos III aprobó la pragmática del 31 de enero de 1768 estableciendo el “Oficio de Hipotecas” y en cita de Gunter Gonzales señala:

“...esta norma ordenaba que los funcionarios señalados llevaran libros separados por cada uno de los pueblos del distrito, y en donde tomasen razón, distribuyéndose los asientos por años de todos los

instrumentos de imposiciones, ventas, redención de censos y tributos; ventas de bienes raíces, o considerados como tales, que constará estar gravados con alguna carga; fianzas en que se hipotecaren tales bienes, escrituras de mayorazgos u obras pías y , generalmente, de todos los actos que contuviesen hipotecas o gravamen, o su liberación o redención” (Aliaga Blanco, 2012, pág. 14).

Luego, “la Real Cédula del 6 de mayo de 1778 dispuso que se hiciera extensiva a las colonias de América la Pragmática de Carlos III de 1768 que ordenaba crear los “Oficios de Hipotecas”. Estos oficios de hipotecas

“debían anotarse en todas aquellas escrituras que estipulaban censos, hipotecas, mayorazgos, patronatos, etc.; pero de ninguna manera *“estas inscripciones en los oficios de Hipotecas garantizaban los derechos de terceros, desde que no daban a conocer el dominio del inmueble, ni todos los gravámenes, debido a lo cual las simulaciones y suplantaciones de documentos eran muy frecuentes a causa de la mala organización de esos registros”* (Aliaga Blanco, 2012, pág. 14).

El autor Luis Eduardo Aliaga Blanco (2012), informa que en el Perú regia la legislación española; cuando se dio el Código Civil de 1852 no hubo “ningún cambio sustancial en la parte referente a la publicidad de los gravámenes e hipotecas que se constituyen sobre los bienes inmuebles” (pág. 15).

Con la **ley del 02 de enero de 1888 se crea el Registro de la Propiedad Inmueble** bajo la dirección del Poder Judicial, disponiéndose un Registro General de las propiedades, pero la inscripción de actos y contratos sobre inmuebles eran facultativos (Aliaga Blanco, 2012, pág. 16); posteriormente:

**La norma del 25 de noviembre de 1872** explicaba también que: *“No podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos reales, hipotecas, contratos, ni los demás títulos de derecho especificados.....sino están debidamente registrados dentro del término que señale el reglamento....”*. Por otro lado, el artículo 16 de la ley disponía que *“si se inscribiesen actos o contratos que son nulos por la ley, no se subsana la nulidad con el hecho de la inscripción”*. Esto significa que la inscripción no sana los títulos que son nulos (Aliaga Blanco, 2012, pág. 16).

**Ya en el código de 1852** se había establecido el principio solo consenso de traslado de la propiedad, las posteriores leyes sobre la institución del registro mantuvieron la misma línea, pues se establecía que las inscripciones no eran obligatorias, sin embargo los magistrados no entendían la funcionalidad del registro, lo consideraban innecesario (Aliaga Blanco, 2012, págs. 16-17); En ese sentido el autor citado agrega una cita interesante; señala:

Por otro lado, pese a que existieron incomprensiones del nuevo sistema por parte de los magistrados, poco a poco se dieron cuenta que la publicidad registral eliminaba las hipotecas o cargas ocultas, permitía conocer fácilmente la situación jurídica de una finca con efectos de oponibilidad general, prestando de esta manera confianza para el desarrollo del crédito y del tráfico inmobiliario, fomentando inversiones de capital en las actividades mercantiles, industriales y agrícolas; y reduciendo de manera significativa el fraude en la contratación (Aliaga Blanco, 2012, pág. 17).

Los efectos eran positivos en el entorno económico, por el incremento del tráfico inmobiliario y las inversiones debido a la seguridad que producía el registro y a su

publicidad; sin embargo recordemos que aun así las inscripciones específicamente de traslado de propiedad inmueble eran y aún siguen siendo facultativas; por lo demás en cuanto a las hipotecas, estas eran fáciles de conocer, pues no se podían ocultar y aquellas no inscritas no se reputaban validas o existentes, esto es, que en relación a las cargas ocultas o hipotecas el sistema del registro por la publicidad que establecía y la seguridad y confianza en las inversiones, de saber que la propiedad que adquiero está libre de cargas funciona perfectamente; pues además está legalmente establecido, es decir ¿Qué pasaría si no se hubiese establecido o no se estableciera la obligatoriedad de la inscripción de los gravámenes?, probablemente se tendrían cargas ocultas y un potencial riesgo latente en la adquisición de inmuebles lo que desincentiva la inversión, sin embargo estas inscripciones son obligatorias. En este punto nótese que se trata de una pequeña esfera de los derechos reales que abarca una porción del derecho de propiedad no juega con la transferencia de la titularidad sino solo con la anotación de las cargas que pesan sobre el bien; con la facultad de enajenación de la propiedad no sucede lo mismo, la validez sustancial y formal no está condicionada a la inscripción registral.

Retomando la interpretación de la cita expuesta, en esta véase que se refiere el registro a la inscripción de hipotecas y cargas como manera de fomentar la inversión, pero las transferencias de propiedad nunca fueron ni son obligatoriamente inscribibles. Desde el siglo XIX en que surge el registro la protección de la fe pública estuvo encaminada a la seguridad ante la existencia de cargas ocultas, es decir se “permitía conocer fácilmente la situación jurídica de una finca” sobre las hipotecas o cargas ocultas que eran eliminadas; pero desde un principio y antes de establecerse el Código Civil de 1852 la transferencia de propiedad era consensual; incluso la primera forma de aparición de la fe pública estaba relacionada con este aspecto de las hipotecas, ahí la figura de los “oficios de hipotecas” pero no de la transferencia de la propiedad. A saber cómo señaló Aliaga Blanco (2012), si bien el “Registro de Propiedad se constituyó como una institución jurídica en la que se inscribía ordenadamente todo el historial jurídico de una finca” (pág. 16) incluido las transferencias de dominio, la inscripción seguía siendo facultativa, sin modificación en el código ya existente de 1852.

Según Aliaga Blanco (2012): Con la creación del Código Civil de 1936, se incorporaron “normas sobre los Registros Públicos (...) en la sección quinta del Libro IV, actualmente derogado” (pág. 18) al considerar que el registro de la propiedad era una materia “propia del Derecho Civil, y en consecuencia, debía formar parte del nuevo Código” (pág. 17) la comisión encargada de la reforma del código en la polémica del carácter que debía otorgársele a la inscripción, adoptaron la decisión de que ésta mantenga el sistema original, ya que la mayoría de los consultados entre profesores de Derecho Civil, Registradores Principales y Magistrados, “mostraron serias dudas sobre la reforma hacia el sistema de la inscripción constitutiva” (pág. 18).

Las razones fueron las siguientes:

(i) Se carece de un catastro y existe dificultad en implementarlo, (ii) los títulos son defectuosos e imperfectos, (iii) en muchos lugares no hay notarios o abogados, (iv) no existe personal especializado en materia registral, (v) la implantación del ACTA TORRENS no era factible, por la falta de cultura jurídica en nuestro medio y, además, porque ésta exige una garantía a cargo del Estado, que no es posible asumir por cuestiones presupuestales (Aliaga Blanco, 2012, pág. 18).

La disposición sobre la fe pública y los principios registrales continúan incorporados en **el actual código de 1984** en el libro IX, el cual tampoco sufrió cambios sustanciales, así se puede leer de la exposición de motivos, no obstante en 1980 se creó la Oficina Nacional de los Registros Públicos (ONARP), que como indica el autor Aliaga Blanco (2012), fue el “primer antecedente de lo que hoy es la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP)” (pág. 19).

El mencionado autor señala que “era necesario realizar reformas institucionales y organizacionales que permitirán disminuir los plazos administrativos, la burocracia y hacer más accesible la inscripción abaratando costos” (pág. 21), razón por la cual “a partir de la promulgación de los Decretos Legislativos 495 y 496 (publicados en 1988) se crea

el denominado Registro Predial (RP)” (pág. 21), después llamado Registro Predial Urbano (RPU) con la promulgación del Decreto Legislativo N° 803° Ley de promoción al acceso de la Propiedad Formal. Publicada el 15 de Marzo de 1996.

Sobre el Registro Predial Luis Eduardo Aliaga Blanco (2012), autor citado para la pequeña remembranza acerca del surgimiento de los registros públicos, informa que:

Esta nueva organización permitió tener un sistema registral pro-activo, de base geográfica, con sistema de cómputo moderno, seguro y de fácil acceso. La estrategia de los legisladores era crear un organismo modelo que permitiera tener procedimientos simplificados y de bajo costo con lo cual incentivar no sólo la primera inscripción de dominio sino también la inscripción de los segundos actos o cualquier otro acto inscribible (pág. 22).

Que, los objetivos institucionales del Registro Predial, han sido con la intencionalidad de erradicar la propiedad informal con la implantación de procedimientos simplificados y con bajos costos. El autor refiere que el objetivo del registro de Predios “era ayudar en el proceso de formalización de la propiedad en zonas urbano – marginales” (pág. 24), sin embargo, cita a Gunther Gonzales (2012) para señalar que “*que lo que nació como un régimen excepcional...ha venido ampliando su alcance.*” (pág. 24); seguidamente agrega:

Efectivamente debido a la gran cantidad de Extra legalidad que existía en la década de los 80, producto de las múltiples migraciones a la ciudad (especialmente a Lima) y la aguda crisis económica que en sus últimos años aumentó considerablemente la pobreza, se necesitó de una institución que coadyuve a la definición y determinación de los derechos de propiedad. Según investigaciones realizadas por el Instituto Libertad y

Democracia (ILD), el número de predios informales superó extensamente a los predios formales – tradicionales. (Aliaga Blanco, 2012, pág. 24).

El diagnóstico estadístico de la creciente informalidad de los predios urbanos al extremo de superar en exceso los predios inscritos, hace imposible contar un registro de predio ideal que albergue en forma real y certera la determinación de los predios existentes en todo el territorio nacional, actualmente la cantidad de población migrante y diversa, así como la falta de abastecimiento para el monitoreo de las transacciones inmobiliarias sustentando justamente en la falta de formalización de los predios.

Hasta aquí se puede apreciar que el sistema registral es una institución que funciona en un sistema jurídico donde la transferencia de la propiedad de inmuebles es facultativa, pero que surge por la necesidad de formalizar las propiedades, situación que por la creciente población, e índice de pobreza y migraciones, se torna actualmente imposible. Pues ¿Cómo podría exigirse la inscripción de toda compraventa, si muchos de los inmuebles que son materia de transacciones no están registrados y viven en la informalidad?, tampoco se puede obligar a los sujetos a actuar de una determinada forma en la que el estado aún no tiene el control.

Continuando con el correlato, “El Registro Predial es creado en noviembre de 1988” (pág. 25), luego:

por la ley N° 26366 de fecha 16 de octubre de 1994 se crea el Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional de los Registros Público (SUNARP), con la finalidad de “*mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país*” (Aliaga Blanco, 2012, pág. 25).

Aliaga Blanco (2012), relata que: En el año 1992, se crea el PETT por el decreto ley 25902 de fecha 27 de noviembre de 1992 en su octava disposición complementaria, a fin de “formalizar la propiedad de la tierra de uso agrario en todo el país” (pág. 25); pero, debido a los “diferentes fenómenos de informalidad predial, entre ellos el más común fue las invasiones de terrenos periféricos a las ciudades de las provincias y en especial a la capital” (pág. 26), se realizaron nuevas “reformas legales e institucionales destinadas a obtener resultados facticos con respecto al problema de formalización que tenía el país” (pág. 26), por lo que en el año de 1996 “se crea la Comisión de Formalización de Propiedad Informal que posteriormente cambia su nombre a Organismo de la Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI” (pág. 26) por el decreto legislativo 803 de fecha 22 de marzo de 1996.

En el año 2007 “el PETT es absorbido por el COFOPRI convirtiéndose este último en el ente encargado de formalizar tanto las propiedades en áreas urbanas como rurales” (pág. 28). “Actualmente COFOPRI viene desarrollando un proceso de modernización y reorganización debido a algunos escándalos relacionados con el tema de la corrupción en dicho organismo” (pág. 29).

Como se ha podido observar desde la creación de la ONARP se han realizado innumerables modificaciones legislativas e institucionales, creándose institucionales como el Registro de Predios, el PETT y COFOPRI; sin embargo, ninguna de las medidas aunque unas más eficientes que otras, han podido contralar el problema de la informalidad.

#### **4.2.6. Elementos que configuran la protección del Principio de Fe Pública Registral**

El conocimiento de la fe pública registral en relación a su contenido o estructura, obliga a buscar los medios que producirán la concreción de la protección que se le otorga al tercero registral a través de esta de esta figura jurídica, para ello se tomará como referencia lo desarrollado por los juristas Avendaño Valdez y Del Risco Sotil (2012), en su artículo jurídico titulado: *Pautas para la aplicación del principio de Fe Pública*

*Registral*, en tal sentido presento los requisitos que según estos autores configurarían el principio de la fe pública registral, los cuales son:

La protección que confiere la fe pública registral debe desplegarse cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que el título del transferente presente un defecto que determine que no sea el propietario del bien; (ii) que el tercero tenga buena fe; (iii) que la adquisición sea a título oneroso; y, (iv) que el tercero inscriba su derecho (pág. 193).

Los requisitos anotados serán motivo de revisión como parte del estudio de las tantas veces mentada buena fe pública registral. No obstante, la mención a la misma, nos brinda una referencia para entender que en función a ellos es que se aseguraría su protección y cumplimiento, en tal sentido, lo expuesto se relaciona directamente con el planteamiento del problema de investigación.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 3098-2011-Lima, del treinta de julio del año dos mil doce, en el proceso sobre Nulidad de Acto Jurídico, sobre los elementos para que sea aplicable el artículo 2014° del Código Civil, en el sétimo fundamento señala:

(...), este Tribunal Supremo ha sostenido en reiteradas ocasiones que para que opere válidamente el principio contenido en el artículo 2014 del Código Civil es preciso que concurren los siguientes elementos: a) Que se trate de una adquisición a título oneroso; b) Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para disponer el derecho; c) Que el adquirente haya inscrito su derecho; d) Que en los asientos registrales ni de los títulos inscritos aparezcan las causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante; y, e) Que el tercero adquirente haya

actuado de buena fe al momento de la celebración del acto jurídico, así como al momento de su inscripción (Alicia Antonia Ramirez Cruz Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2012, pág. 03).

En relación al primer requisito, este requisito nos presenta la figura del non domino, se debe revisar en que consiste:

#### **4.2.6.1. Adquisición a non domino**

Los autores citados Avendaño Valdez y Del Risco y Sotil (2012), sobre dicha adquisición, señala que el otorgante no debe ser dueño por defectos en su título que invaliden este, al respecto señala:

“(…), lo importante es identificar que existe un defecto en el título (originario o sobreviniente, estructural o funcional) que determina que el otorgante no sea dueño del bien, a pesar que en Registros Públicos se publicite una situación contraria.

(…).

Este requisito denuncia que la institución que venimos comentando opera frente a un problema de publicidad registral. Hay un defecto en el derecho del transferente que no aparece publicitado en los Registros Públicos y que no puede ser conocido por el tercero. Existe, pues, una discordancia entre la realidad registral y la extra registral” (pág. 193).

En ese sentido, Jiménez Bolaños (2011), sobre la adquisición a non domino, analizando una sentencia de Sala, señala:

(…) la adquisición realizada, lo fue de persona que no era la propietaria del bien, sin embargo, lo hicieron bajo la información registral

de persona que en el registro aparecía como dueña del inmueble y como tal adquieren de persona que no es la dueña pero que sin embargo, en el Registro Público aparece como tal, confiando los adquirentes en la información registral por lo que son adquirentes de buena fe (Análisis del Fraude Inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia, pág. 96).

El enunciado bajo comentario nos señala que el Registro Público, así expuesto no resulta ser tan fidedigno que pueda brindar una auténtica publicidad y por tal seguridad jurídica, por el contrario cuando el registro no puede conocer algún defecto que se presenta en el título de adquisición que lo hace invalido, puede acarrear el problema de las ventas del non domino y la siguiente inscripción registral del título por el tercero que termina buscando amparo en la fe pública registral aun cuando también existe un propietario que reclama por el mismo derecho; en ese sentido el auto habla de una discordancia entre la realidad registral en donde parece un titular y la realidad extraregistral donde aparece otro. No se puede dejar de lado que esto surge también porque nuestro sistema es consensual y nuestro registro no es constitutivo.

Gilberto Mendoza del Maestro (2013), profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro de la Asociación CADRI PERÚ, citando a Merrill, Thomas W. Smith, Henry E., en su artículo *La Fe Pública Registral y la Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)*, contenido en la revista Derecho y Cambio Social, indica que:

En este sentido, nos indican MERRIL y SMITH que en los contratos en los cuales existen adquisiciones a non domino pueden sacrificarse los intereses de los titulares, o los intereses económicos-sociales de los terceros adquirentes,<sup>36</sup> lo que en nuestro medio se estudia a partir de la llamada Seguridad Estática (jurídica) y Dinámica (del tráfico) (pág. 09).

#### 4.2.6.2. Que el tercero tenga buena fe

El segundo presupuesto para la configuración de la protección registral es que el tercero tenga buena fe; En términos generales, la buena fe registral consiste en desconocer la inexactitud de la información que publicita el Registro.

El Profesor asociado de la Universidad de Costa Rica, Jorge Jiménez Bolaños (2011), en su artículo *Análisis del Fraude Inmobiliario a la Luz de Nuestra Jurisprudencia*, contenido en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 125, señala:

(...) es adquirente de buena fe aquel sujeto que confiando en la publicidad registral adquiere un bien que en apariencia registral al menos, es completamente lícito, no evidenciándose de la información registral ningún impedimento legal para su legítima adquisición (págs. 100-101).

La Casación N° 2199-2006-Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 03 de julio de 2007, define al tercero registral de buena fe como:

Tercero en lenguaje jurídico es la persona que pueda desconocer un cambio no inscrito. Tercero es la persona que desconoce la discrepancia entre el asiento registral y la realidad. Tercero es la persona que no es sujeto del cambio real no transcrito en el registro, pero que ha adquirido derecho sobre la cosa por parte de quien aparece en el registro como titular, añadiéndole la ley, como requisito de validez, que se haya adquirido a título oneroso y de buena fe (Jorge Luis Javiel Cherres Vs. Segunda Sala Civil de Lambayeque, 2007, págs. 147-149).

#### **4.2.6.2.1. Criterios de la buena fe**

Avendaño Valdez y Del Riscol Sotil (2012), informan que la buena fe puede ser entendida desde dos perspectivas, una objetiva y otra subjetiva, sobre el primero señala que este “(...) atiende exclusivamente a la información que obra en los Registros Públicos. No interesa si el adquirente conoce una realidad distinta. Basta que el vicio o la inexactitud no consten del Registro, para que el tercero tenga buena fe” (pág. 194), mientras que el segundo criterio subjetivo

“(…), pone énfasis en la realidad extra registral. Sin perjuicio de la información que obre en Registros Públicos, el adquirente debe ignorar también que lo publicado es inexacto. Para este criterio, lo importante no es solo que el Registro omita informar los vicios, sino además que el adquirente desconozca su existencia” (pág. 194).

- **Criterio Subjetivo**

“Nuestro Código Civil adopta el criterio subjetivo. El último párrafo del artículo 2014 dispone que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del Registro. Dicha prueba puede consistir en hechos extra registrales que permitan saber que la información registral es incorrecta” (pág. 194).

- **Criterio Objetivo**

Aquí se aprecia una diferencia entre lo dispuesto por el artículo 2014 del Código Civil y el Artículo VIII del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, pues este último se limita a la buena fe objetiva (pág. 194).

En conclusión para los autores citados señalan lo siguiente:

“(…), compartimos que el criterio aplicable sea el elemento subjetivo, pues considerando que esta institución sacrifica el derecho del verdadero propietario, la protección sólo debe dispensarse a quienes verdaderamente cuenten con buena fe, lo cual supone que el tercero no conozca por ningún medio, ya sea registral o extra registral, la inexactitud del Registro” (Avendaño Valdez & Del Risco Sotil, 2012, pág. 194).

En lo que concierne a nuestra postura, somos también partidarios de la misma postura, en ese sentido no existe nada que criticar, por el contrario, este criterio subjetivo se ajusta a nuestro sistema y a la fe pública civil, que adopta un criterio de justicia y razón. Es así que, en esta cita mi apreciación encuentra contenido y respaldo. También cabe estimar que dicho criterio se relaciona con el problema social del sacrificio del verdadero propietario por la protección dispensada al tercero registral, por criterios formales, pues para que la protección encuentre acogida es necesario que aquel tercero demuestre realmente su fe pública por no haber podido conocer por medio alguno de la inexactitud del registro; en ese sentido el Registro no queda apartado sino que la publicidad que brinda deba ser comprobada por hechos externos.

El aspecto de que el tercero desconozca la inexactitud del registro no solo supone su desconocimiento formal, sino el esfuerzo que haga por verificar la información registrada y que medianamente no haya podido conocer la realidad extraregital.

Un criterio diferente sobre la Buena Fe objetiva la expone Martha Lucía Neme Villarreal (2009), Profesora de derecho civil y romano de la Universidad Externado de Colombia y Doctora en derecho de la Universidad de Roma “Tor Vergata” en su artículo titulado: *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*, quien señala:

En cuanto concierne a la buena fe objetiva, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo, el del *bonus vir*, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo.

De manera que este tipo de buena fe se erige en *regla de conducta* fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone *que se actúe* con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, (...).

(...)

En efecto, ya de tiempo atrás ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que “la concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real”, de manera que “la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores”, en la que “la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico” que impone “*considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad*” (págs. 49-50).

Esta concepción es muy diferente al criterio del autor anterior; sin embargo, conviene hacer la precisión que mientras que los juristas Avendaño y Del Risco se refieren a la buena fe del tercero registral y esto se verifica del llamado que hacen a las

normas del código civil para definir a la buena fe subjetiva y al Reglamento General de los Registros Públicos para la buena fe objetiva, el concepto de esta autora de nacionalidad Colombiana se refiere a la buena fe. Este concepto también refuerza el criterio de la necesidad de una buena fe que sea palpable en actos externos sobre aquella probidad, transparencia y diligencia que se debe exigir al tercero registral para amparar su adquisición.

#### **4.2.6.3. Que la adquisición sea a título oneroso**

El tercer presupuesto normativo es la onerosidad de la adquisición, o dicho de otro modo, las transferencias de propiedad inmuebles deben darse solo por compraventa o aquellos contratos en los que medie un intercambio económico, tal como lo indican los juristas Jorge Avendaño Valdez y Luis Felipe Del Risco Sotil (2012), en su artículo denominado *Pautas para la aplicación del Principio de Fe Pública Registral*, publicado en la revistas jurídica *Ius Et Veritas*; así:

Necesariamente tiene que tratarse de una adquisición onerosa para que opere este principio. Fundamentalmente, la ley exige este requisito porque con el Principio de Fe Pública Registral se afecta el derecho del verdadero propietario, por tanto sólo puede ser protegido alguien que haya hecho un sacrificio económico en base a la información del Registro (pág. 199).

Sobre el particular la precisión que conviene realizar es únicamente en relación a que se protege la adquisición a título pecuniario, en ese sentido el amparo se realiza por el gasto monetario del tercer adquirente, prevaleciendo el interés económico que empuja el tráfico jurídico de bienes, lo que se permite apreciar que la custodia tiene una base en la economía y en la circulación de la riqueza, este hecho verifica lo que ya se ha estudiado en el capítulo anterior al momento de tratar sobre la propiedad y su contenido

constitucional, en tanto se da prerrogativa a los intereses económicos para un mayor flujo en la circulación de bienes y evitar la disminución del tráfico jurídico de dichos inmuebles, pero en todo ello, ¿Dónde queda aquel que también reclama por el mismo derecho?, cuando su adquisición aunque no inscrita también ha sido onerosa, y que mantiene en uso en calidad de titular. De otro lado tampoco se puede desconocer los supuestos en que el tercero adquisidor oneroso, aun habiendo tenido la diligencia suficiente para la compra del bien, no ha podido conocer de elementos que avizoren propiedad de tercero, pues de lo que se trata no es de una protección segada al propietario no inscribiente, tampoco al tercero registral por la sola fe pública registral, sino una solución equitativa en el conflicto entre dos sujetos que se disputan el dominio de un bien, en donde se tendrá que verificar si el tercero registral ha actuado de buena fe, diligencia, así como si el primer comprador ha manifestado signos externos de propiedad que hayan podido revelar en el tercero la existencia de su propiedad.

#### **4.2.6.4. Que el tercero inscriba su derecho**

Los profesores de la Pontificia Universidad católica del Perú Avendaño y Del Risco (2012) citados señalan “(...). Si no se inscribe la transferencia del tercero, no podrá ampararse en el artículo 2014. Por eso se dice que es una adquisición *inscriptionis causa*” (pág. 200).

### **4.3. BUENA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SEGURIDAD JURIDICA**

#### **4.3.1. Seguridad Jurídica**

Jiménez Bolaños (2011), en su artículo denominado *Análisis del Fraude Inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia*, sobre la seguridad jurídica refiere:

El principio de seguridad jurídica no es otra cosa que tener la certeza de que lo indicado por el Registro es la verdad real registral y no existe otra. Es tener confianza de que la información contenida en el Registro Público es veraz y que es posible tener en cuenta esta información al realizar cualquier transacción o traspaso de propiedades (pág. 90).

En la Casación N° 1322-2001-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de octubre del 2002, el quinto fundamento analiza aspectos concernientes a la seguridad jurídica, y la garantía otorgada por el Registro:

En materia de derechos de propiedad, si bien el registro no cumple una función constitutiva de derechos sino meramente declarativa, la publicidad que brinda permite a terceros ajenos a la celebración del acto estén en condiciones de tomar conocimiento de su contenido, constituyéndose así el sistema registral en garante de la seguridad jurídica” (Nérida Consuelo Jiménez de Vega Vs. Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2002, pág. 142).

Este texto permite advertir que la inscripción de las transferencias en el registro público brinda seguridad jurídica a terceros, por lo que la publicidad registral informa sobre el contenido de los actos jurídicos inscritos, este es un sistema bueno de seguridad; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que como bien lo refiere, no tiene una función constitutiva por lo que la inscripción no es obligatoria, a pesar de ser la más segura, pues nuestro sistema sigue siendo consensual.

#### 4.3.1.1. Seguridad Jurídica Estática y Seguridad Dinámica

Gilberto Mendoza del Maestro (2013), profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro de la Asociación CADRI PERÚ en la revista Derecho y Cambio Social, escribe su artículo *La Fe Pública Registral y la Falsificación de Documentos (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición)*, en donde indica que:

Se entiende la seguridad jurídica (estática) como la protección del titular de su situación jurídica tutelada, la que no se le podrá privar sin su consentimiento. La seguridad del tráfico, en cambio, refiere a la tutela que recibe quien modifica su situación jurídica vinculándose con otros, tomando en consideración información relevante que es conocida (pág. 09).

El jurista y Magíster en Derecho Civil Gunther Hernán Gonzales Barrón (2012), en su artículo denominado: *“El Derecho Registral se debate hoy entre dos visiones antagónicas: análisis del “Realismo” frente al “Extremismo”*, publicado en la revista Derecho y Cambio Social, al considerar que *“la finalidad primaria del Registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones inmobiliarias”* otorgando *“seguridad jurídica a los derechos, ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse”* (pág. 01), analiza el debate entre la justicia y la seguridad jurídica que en este apartado será tratada, haciéndose la siguiente pregunta:

¿sólo tiene relevancia la seguridad jurídica? ¿El Registro no está incardinado con otro valor fundamental que inspira el ordenamiento? Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el “interés del propietario” de no ser despojado sin su

consentimiento; para otros debe primar la seguridad jurídica representada por el “interés del tercero” de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no sea el verdadero propietario (pág. 02).

Con estas líneas el citado autor Gunther Hernán Gonzales Barrón (2012) agrega que “Se dice que hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica” (pág. 02). En este punto señala que la seguridad jurídica privilegia los intereses del tercero, por eso “Se dice que el valor inferior de la apariencia prima sobre el valor superior de la verdad” (pág. 02) lo que sería una alternativa o medida para superar un conflicto que puede llegar a ser eterno o interminable, haciendo una comparación con la cosa juzgada, al respecto indica que “una solución injusta pueda convertirse en definitiva para evitar un debate interminable” (pág. 02) imponiéndose en algunos casos la seguridad.

De otro lado, un pensamiento filosófico que niega “que exista una tensión entre ésta y la justicia” (pág. 02) refiriéndose a la seguridad jurídica, sustentada en que de por sí la seguridad jurídica al asegurar “certeza, la estabilidad” (pág. 02) también implica justicia, por lo que la decisión de privilegiar a “la seguridad jurídica es justa por sí misma” (pág. 02) negando la existencia real de pugna; con el mismo ejemplo de la cosa juzgada refiere “es un instituto de justicia por cuanto protege la paz social, aun cuando la decisión concreta del juez pueda ser considerada injusta desde otra perspectiva. En tal caso, se presenta una tensión o pugna de la justicia consigo misma” (págs. 02-03); indicando que esta sirve finalmente para la “realización de la propia justicia” (pág. 03).

El indicado autor Gunter Gonzales (2012), la técnica de solución al momento de aplicar cualesquiera (justicia o seguridad jurídica) pasa por la cuestión de valorar la justicia material, la justicia formal o de apariencia; pero consciente que “es necesario estar prevenidos de que el solo interés por la estabilidad y certeza puede llevar a una solución injusta” (pág. 03); no obstante de ello reconoce a la seguridad jurídica como una “justicia menor” (pág. 03) pero con diferentes dosis, es decir, con diferentes grados en los

que puede tornarse totalmente injusta o en que sea en “cierta medida injusto” (pág. 04); “por tanto “la seguridad es una justicia de menor entidad, que se encuentra en otro plano valorativo, y que incluso puede devenir en injusticia cuando solo se privilegia el orden” (pág. 04).

Con este preámbulo, a partir de aquí el citado jurista, muestra su posición en relación al registro:

El jurista y Magíster en Derecho Civil Gunther Hernán Gonzales Barrón (2012), en su artículo denominado: “*El Derecho Registral se debate hoy entre dos visiones antagónicas: análisis del “Realismo” frente al “Extremismo”*”, publicado en la revista Derecho y Cambio Social, señala:

(...) El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras por el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica (“solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto”). (págs. 04-05).

El registro otorga una seguridad jurídica que protege al tercero registral privilegiando la certeza frente a lo que el autor llama la justicia del verdadero propietario, contraponiendo ambos valores. Seguridad jurídica frente a justicia, aquella basada en el interés del tercero y esta última en el interés del propietario. En tal sentido, si bien es cierto otorga seguridad jurídica al que pretende conservar su adquisición, también es cierto que el registro a su vez, vulnera la seguridad jurídica que el orden debe otorgar al verdadero propietario ante la privación por causas ajenas a su voluntad, dado que como

bien refiere el autor, declina las bases mismas derecho privado regido por el principio de autonomía privada y libertad de forma, no encontrando protección justa ante la apariencia registral. Se hace necesario brindar seguridad jurídica con base en elementos razonables que ponderen valores como la paciencia razonable y la verdad material. La seguridad jurídica enfocada en el registro vulnera el derecho de propiedad, asimismo se vulnera la seguridad jurídica amparada en el legítimo interés del propietario.

#### **4.4. IMPLICANCIA DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL TRAFICO DE BIENES INMUEBLES**

Avendaño Valdez y Del Risco Sotil (2012), en su artículo jurídico titulado: *Pautas para la aplicación del principio de Fe Publica Registral*, indica:

El crecimiento económico que experimenta nuestro país tiene una innegable incidencia en el mercado inmobiliario. A lo largo del territorio nacional, los distintos sectores productivos requieren inmuebles para operar sus actividades económicas y es vital que sus adquisiciones estén revestidas de seguridad jurídica, ya que generalmente en dichos bienes se realizarán inversiones muy valiosas que no pueden estar sujetas a la incertidumbre sobre la propiedad de la tierra.

(...)

Desde una perspectiva económica, es crucial contar con normas jurídicas claras, simples y eficientes sobre la adquisición de inmuebles, ya que ello fomenta positivamente las decisiones de inversión en los bienes y la circulación del patrimonio inmobiliario. Ciertamente, “comprar bien”, entendido como el efecto legal de mantener una adquisición frente a todos los terceros, es decir, gozar en términos reales de exclusividad sobre un bien, es una garantía esencial que un ordenamiento jurídico debe estar en

capacidad de ofrecer a los agentes económicos.

Un sistema legal que se precie de ser tal, debe generar certeza y predictibilidad en los operadores jurídicos (...).

“Comprar bien”, pues, debe ser una tarea fácil y no compleja, (...). Una herramienta fundamental que ayuda al propósito descrito es, sin duda, el Principio de Fe Pública Registral. (pág. 189).

La fe pública registral se constituye como una herramienta para favorecer las compras sin retorno de propiedad en caso de conflictos, en el entorno de la economía se privilegia las inversiones; las actividades comerciales que se relacionan con la compra de inmuebles son preferidas garantizando las adquisiciones, en ese sentido no se advierte interés o referencia a los casos de ventas mal hechas que acarren perjuicios a personas que también aleguen derechos de propiedad; Se advierte un sentido de producción económica por sobre cualquier a costa de cualquier cosa que se interponga en el tráfico de bienes, una visión sectorizada en el crecimiento de la riqueza por sobre cualquier situación donde esta se va amenazada por la restitución de tales bienes. Si bien es cierto el tráfico de bienes es muy importante para la economía, también es cierto que existen normas de derecho privado y situaciones injustas que el derecho debe sancionar.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 261-2003-Lima, del 01 de julio del 2005, publicada en el diario el Peruano el 04 de enero del 2006; en el fundamento décimo, ha señalado que:

El principio de buena fe registral persigue proteger al tercero que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal

sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente, en consecuencia, la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva (Ministerio de Defensa Vs. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2005).

Finalmente para concluir con este último capítulo teórico referido a la buena fe pública registral, a modo de ejemplo exponemos nuevamente la sentencia que sirvió para enumerar los elementos que configuran la referida buena fe pública registral.

En dicha sentencia se comprobó la venta de un bien ajeno sin que el vendedor haya informado de esa situación a los compradores, y también que los compradores conocieron de la inexactitud registral o al menos estuvieron en posibilidades de conocerla por las circunstancias que rodeaban el caso, ante la existencia de una venta anterior - y la posesión de los que se comportaban como propietarios - a la que fue materia de la causa civil de nulidad de acto jurídico declarando infundado el recurso de Casación, los Jueces Supremos no casaron la sentencia de vista recurrida:

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 3098-2011-LIMA del treinta de julio del año dos mil doce, en el proceso sobre Nulidad de Acto Jurídico, sobre la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, en relación a la venta de bien ajeno, concluye lo siguiente, para lo cual, transcribimos los fundamentos octavo al décimo quinto; al respecto:

Décimo Tercero.-Que, en relación a la aplicación de la fe pública registral contenida en el artículo 2014 del Código Civil **han quedado establecidos por las instancias de mérito los siguientes hechos:** a) **Con fecha seis de abril del año dos mil la demandada Constructora Odeón Sociedad Anónima ha otorgado la Escritura Pública de Compraventa del inmueble ubicado en la avenida Del Aire números 559 - 561 del**

distrito de La Victoria a favor de los codemandados Héctor Alejandro Regalado Villegas y cónyuge Carmen Yvonne Mejía de Regalado quienes han inscrito su derecho en la Partida Electrónica número 43261185 de los Registros Públicos de Lima; b) a la fecha de la venta en cuestión el inmueble ubicado en la avenida Del Aire números 559 - 561 del distrito de La Victoria se encontraba en posesión de Rodrigo Enrique Ramírez López y Carmen Rosa Cruz Mori de Ramírez, en calidad de propietarios por haberlo adquirido de su anterior propietaria la Constructora Odeón Sociedad Anónima; c) los demandados compradores Héctor Alejandro Regalado Villegas y cónyuge Carmen Yvonne Mejía de Regalado no han actuado con la diligencia mínima exigible al comprador de bienes inmuebles pues al momento de la venta no verificaron internamente las características del inmueble ni el estado físico del mismo; d) a la fecha de la presunta adquisición los demandados compradores tampoco han verificado quién o quienes detentaban la posesión del bien materia de adquisición; y, e) el precio de venta fijado en trece mil dólares americanos es ínfimo y no resulta proporcional al valor real del inmueble constituido por un Chalet de doscientos trece punto cuarenta y ocho metros cuadrados construido en dos plantas.

Décimo cuarto.-Que, **los hechos referidos** en el considerando que antecede analizados en su conjunto **evidencian que los adquirentes Héctor Alejandro Regalado Villegas y cónyuge Carmen Yvonne Mejía de Regalado** conocían la inexactitud del registro o cuando menos estaban en condición razonable de no desconocerla pues con un mínimo de diligencia tales compradores hubieran podido constatar que el bien que pretendían adquirir estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios, por tanto queda claro que en el presente caso se ha **desvirtuado la buena fe de los adquirentes**; máxime, si se tiene en cuenta que debido a la importancia económica de los bienes inmuebles y los usos

generalmente aceptados en este tipo de negocios la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo pues en aplicación de lo que dispone el artículo 912 del Código Civil [5] al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario (Héctor Alejandro Regalado Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2012). (subrayado propio)

El caso expuesto, ha detallado un ejemplo común de casos en que la buena fe del tercero se desvirtúa por situaciones como la posibilidad de conocer la inexactitud registral, el mínimo de diligencia ordinaria, la verificación del inmueble y de los posesionarios; esto es, en esta casación los Magistrados Supremos consideran de relevante importancia para despejar la materia litigiosa la necesidad de una “diligencia ordinaria mínima” y la exigencia o el presupuesto de desconocer la inexactitud del registro, pero no solo eso sino algo muy importante que tiene relación y que también debe encontrarse en condición razonable de no desconocer la inexactitud registral, este último enunciado a contrario sensu puede estimarse como “condición razonable de conocer la inexactitud registral” lo que no se ciñe a la averiguación del titular registral, sino aquella mentada “*diligencia ordinaria mínima*” que se materializa con las posibilidades señaladas en la última parte del considerando décimo tercero.

Cabe también precisar otro hecho importante, y es que aquí la buena fe, sobrepasa los límites puestos por el registro, se habla de una buena fe para la aplicación del artículo 2014°, en donde si bien se necesita la presunción de desconocer la inexactitud registral esta presunción se daría después verificar las circunstancias que rodean la celebración del acto jurídico y estas están relacionadas con aspectos fuera de registro, como se aprecia del considerando décimo segundo; es decir hechos objetivos de buena fe, aun cuando lo que se trata de verificar es la existencia de “buena fe alegada por los demandados” que es una buena fe registral, pero de acuerdo al razonamiento realizado por la Corte Suprema, acercándose a la verdad real.

## COMENTARIO CONCLUSIVO

Se ha podido conocer la situación en que se desarrolló el sistema del registro, también la evolución de la fe pública registral, de la cual no existe mucha información, no obstante permite determinar que en un principio esta surge para descargar de los inmuebles los gravámenes y así facilitar el tráfico inmobiliario, la económica es una constante creciente que se ampara en la seguridad del registro para realizar los intercambios inmobiliarios en el mercado bajo una protección brindada en virtud de la ley, con la aplicación del principio registral de la buena fe pública registral.

La necesidad de conocer el origen de la fe pública en el Perú, era para saber en qué contexto se adoptó, pero también por qué motivos, el antecedente más remoto nos lleva a saber que esta no estaba ligada a la protección de las transferencias en compraventa de inmuebles, sino la protección ante hipotecas; esto ya se ha señalado como criterio particular. Con el paso del tiempo han surgido nuevas instituciones, así como modificaciones en el registro y su incorporación al Código, pero en cuanto al principio de buena fe que relacionado con la inscripción de hipotecas y posteriormente la protección que brinda ante las inscripciones.

Luego de las modificaciones sufridas actualmente el registro público tiene este principio que protege al tercero registral, pero sin carácter de absoluto. Además, se conoce que para la aplicación de este principio, deben cumplirse determinados requisitos, pero sin dejar de lado, de acuerdo a la doctrina empleada incardinado en valores como la justicia.

Asimismo, la buena fe pública registral privilegia el tráfico de bienes, para una mayor circulación de la riqueza, por lo que este principio registral se utiliza para la protección de tercero dentro del comercio, es decir la implicancia de la buena fe pública registral en el tráfico de bienes tiene una connotación económica.

## **CAPÍTULO V**

### **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

#### **Análisis de la viabilidad de una propuesta que modifique los artículos 949° y 2014° del Código Civil**

En esta parte de la investigación corresponde plasmar los resultados que se han obtenido del análisis de los aspectos que han estructurado el trabajo de campo, dada la constitución de la investigación una de tipo descriptiva, procedimos al análisis de la realidad que circunda el tema de investigación; siendo que la población se delimitó en del distrito judicial de Lambayeque en donde se recogieron las posturas de los operadores jurídicos en el campo del Derecho Civil.

Siendo así, se logró estimar que la muestra a trabajar esta conformada por cincuenta (50) individuos, sobre los cuales se aplicó la encuesta que figura en el anexo número N° 01.

#### **5.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:**

Tal cual lo detallado anteriormente, procederemos a plasmar los resultados, según corresponda al rubro, de la siguiente manera:

##### **5.1.1. Resultados Del Análisis Jurisprudencial**

La Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el Expediente N° 04251-2014, ha dictado la sentencia Revisora contenida en la resolución número veinticinco de fecha dos de abril del dos mil dieciocho, en el proceso sobre Nulidad de Acto Jurídico, sobre la aplicación del artículo 2014° del Código Civil, concluye lo siguiente:

**2.11.** No puede la apelante señalar que se encuentra protegida por el artículo 2014 del Código Civil, pues para poder reclamar la protección el

tercero de buena fe registral prevista en esa norma debe concurrir en varios supuestos, en primer lugar la demanda de nulidad, resolución o rescisión de actos jurídicos en contra de quien, en calidad de tercero de buena fe y título oneroso, adquiere su derecho de quien se encuentra inscrito, resultan ser desestimada; esto, en atención a los principios de buena fe registral publicidad y de legitimación registral. En este caso, no puede admitirse esa alegación, puesto que no se trata de un adquirente a título oneroso. Este elemento queda descartado, pues la escritura pública cuya nulidad se pretende es una escritura pública de donación, y aun así la beneficencia aunque tuviera buena fe en su adquisición, no puede prosperar, puesto que el requisito exigido en esa norma importa una adquisición a título oneroso, lo que no ocurre en este caso, que ha sido a título gratuito (Sociedad de Beneficencia de Chiclayo Vs. Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, 2018).

Esta cita, como muestra de una serie de casos similares, se observa la necesidad de la presencia de la onerosidad en toda adquisición de la cual se pretenda el empleo de la buena fe, así como la presencia de la onerosidad también lo son los otros requisitos exigibles, y aun cuando se evalúa la buena fe y las formas en que esta puede desvirtuarse, previo a dicho análisis la adquisición a título oneroso resulta imprescindible para tal evaluación, en razón del rol social que cumple la propiedad en la economía. En tal sentido, determinar la adquisición a título oneroso es necesario para la verificación de la buena fe. Siendo esto así, el elemento de la onerosidad como requisito para la aplicación de la fe pública registral como principio del derecho registral es incompatible con el derecho de propiedad donde la buena fe debe evaluarse en virtud de circunstancias que rodean la compra.

El Órgano de Justicia señalado en la cita anterior, en el Expediente N° 00134-2015, expide la sentencia del diecinueve de julio del presente año, con la que confirma la sentencia de primera instancia expedida por el Juez del Juzgado Civil Permanente de

Lambayeque que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Víctor Eduardo Peralta Puémape contra José Luis Jesús Silva Samamé y otro, sobre Nulidad de acto jurídico; Al respecto:

OCTAVO: Respecto a la mala fe que se atribuye al demandado José Luis Jesús Silva Samamé en la venta realizada a favor de su codemandada por el hecho de que vendió un bien que era parcialmente ajeno, el apelante sostiene que adquirió el bien y lo había inmatriculado y lo tenía inscrito a su favor como consecuencia de un proceso sobre títulos supletorios, por lo que alega haber actuado en base a la fe del registro, sin embargo, no ha negado el hecho de que su transferente, Nicanor Antonio Silva Nevado era su padre, por lo que tenía conocimiento que una parte del predio inscrito en la Partida número 11162325 ya había sido vendido al demandante (Empresa Negocios Inmobiliarios Gran Sipán SAC Vs. Juzgado Civil Permanente de Lambayeque, 2019).

En este caso, se trata de un proceso en donde no se aplica el principio de fe registral al tercero adquirente, debido a que el transferente vendió un bien parcialmente ajeno, aquí se observa que aunque en el registro no hay forma de determinar que parte de la parcela era de otro titular, la familiaridad entre el transferente y el comprador fue determinante en la comprobación de la inexistencia de la buena fe. El comprador era hijo del vendedor, por tanto, por sentido común puede concluirse que conocía la venta parcial sobre el predio que lo registró totalmente como suyo. Aquí puede observarse que la fe pública registral puede ser objeto de análisis a nivel de juzgado en base a circunstancias que no consten en el registro pero que advierten una realidad distinta. En este sentido la fe pública registral se comprueba en base a la verificación de la inscripción del título en el registro limitándose a la verificación de la legalidad que es una cuestión puramente objetiva; sin embargo, la buena fe que pueden alegar las partes en conflicto se evalúa por aspectos del derecho material como en el caso concreto, por lo que no es compatible la consensualidad de la transferencia de propiedad donde se evalúa una buena fe distinta con la fe pública del registro.

Con esto, se evidencia que el juzgador se abre a la verificación de otras circunstancias sobre la existencia de la pretendida buena fe, para la protección del tercero registral.

La Primera Sala Civil de Lambayeque en el expediente N° 03529-2001-0-1706-JR-CI-07, seguido por Clara Carmona Muro Viuda De López contra Francisco Ballena Garnique Y otros, sobre Reivindicación, con la Ponencia del Magistrado Dr. Salazar Fernández, expide la sentencia del ocho de noviembre del dos mil diecisiete, señalando que:

Debe recordarse, además, que ya la jurisprudencia ha establecido que la publicidad registral no solamente se extiende a lo que está inscrito, sino también que hay un deber de diligencia que debe tener toda persona para analizar los títulos archivados, pues la publicidad registral, como principio, no solo abarca el asiento mismo, sino el título archivado. La Casación No. 417-2008-AREQUIPA, (publicada en el Peruano el 30 de marzo de 2009), señala al respecto que: *“La buena fe, no solo alcanza a la publicación que aparece en la copia literal de dominio, sino al contenido de los documentos que son materia de inscripción”*;

(...). La diligencia de un buen comprador tiene que pasar por el análisis de saber de dónde proviene el bien que se pretende adquirir y si en Registros Públicos ya estaba inscrito el inmueble a favor de doña María Isabel Muro de Baca; en consecuencia, no podía haber válidamente un tracto sucesivo; no puede existir una primera inscripción de dominio, cuando realmente ya existe una inscripción anterior. Así, aplicando los principios registrales, tanto el principio de prioridad en el tiempo como prioridad excluyente, determinan que la propiedad se encontraba ya inscrita a favor de la testadora María Isabel Muro de Baca y si se tiene en cuenta además que existe un testamento ológrafo debidamente protocolizado en el cual se entregaba la propiedad del inmueble en litigio a favor de una determinada legataria cuya descendiente viene a ser la demandante, en consecuencia no existe una buena fe debidamente

acreditada para los adquirentes, tanto para Lázaro Custodio Horna como para los demás demandados. En ese sentido, los hermanos José, Francisco y Antonio Ballena Garnique no están premunidos de buena fe registral; (Patricia Senmache Chereque Vs. Séptimo Juzgado Civil, 2017).

En este caso se desvirtúa la buena fe pública registral, por la inscripción de dominio de propiedad de la testadora en el registro correspondiente, con este ejemplo se logra advertir que el Colegiado considera relevante para la acreditación de la referida buena fe, la revisión que debe hacer el tercero sobre los títulos archivados, pone de relieve la diligencia con la que tiene que actuar aquel, que en el caso concreto se extiende a los títulos archivados, pero que podría extenderse a otros supuestos de hecho fuera de registro. Al respecto, se observa que la incompatibilidad gira en torno a que para el registro público la buena fe se extendería al examen de los títulos archivados, cuando de acuerdo al sistema consensual la acreditación de la propiedad por quien se considere propietario puede extenderse a otras circunstancias, por lo tanto el tercero que alega buena fe pública y el sujeto que alega propiedad con virtud de la consensualidad de su compra deben demostrar la referida buena fe, no solo por la verificación de títulos archivados o a la publicidad registral por una inscripción, sino en atención a otras circunstancias fácticas.

En el expediente N° 01638-2013-0-1706-JR-CI-05, incoado por Elena Valladolid Aponte, Contra Arnaldo Sánchez Zapata y otros, sobre Nulidad De Acto Jurídico, el Juez Superior Ponente: Sr. Lara Contreras, expide la resolución del diez de febrero del dos mil diecisiete, que sobre la Fe pública Registral, indica:

Que, en una cadena de trasferencias cuando se declara nula una de ellas, obviamente dicha nulidad arrastra a la subsiguiente trasferencia de dominio; pero sin embargo dicho principio no es aplicable cuando en dicha cadenas de trasferencias uno de los actos jurídicos ha sido objeto de inscripción en los registros públicos y, en consecuencia, el tercero registral

podría alegar la buena fe registral y en consecuencia a la solución ya no podría resolverse por las normas del derecho común.

(...) el apelante no obro de buena fe al comprar el inmueble sub materia porque conocía del vicio que afectaba a la compra venta de su transferente. (Oscar Pérez Burgos Vs. Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, 2017).

Otro punto que los juzgadores observan al momento de sentenciar es la referida nulidad en cadena que se extiende a todos los actos que se derivan del título nulificado, sin embargo la inscripción en los registros del acto por un tercero rompe dicha cadena en su beneficio, se palpa la aplicación de la fe pública registral y sus consecuencias para el derecho común ir contra el referido principio de la nulidad en cascada, pero principalmente que contrasta con el derecho de propiedad, pues por la referida inscripción en el registro se ampara una venta nula aun cuando esta sea declarada, como en el presente caso. Al respecto la aplicación no pasa solo por invocar la protección de la buena fe en base a la inscripción registral sino que debe acreditarse la buena fe con el desconocimiento del vicio que afecta la venta, hasta ahí alcanza la verificación del registro, como un aspecto formal pero además se requiere de otros aspectos dirigidos por la diligencia que trasciende el ámbito registral, como se verá en el siguiente caso.

La Primera Sala Civil en el expediente N° 1029-2011, ha dictado la sentencia del 22 de marzo del 2016, cuyo ponente el Dr. Oswaldo Pisfil Capuñay y el Colegiado que la integra, sobre la aplicación del principio de buena fe pública registral en colisión con el derecho de propiedad, son del criterio siguiente:

El derecho de los demandados adquirentes para sustentar su condición de tercero registral y de buena fe conforme a lo dispuesto por el artículo 2014 del Código Civil y que por tanto, la nulidad del acto jurídico es inviable debe analizarse dentro del contexto descrito, el mismo que se encuentra probado con el caudal acopiado válidamente en el decurso del trámite; lo establecido en dicha norma, no es una regla absoluta o "prima

facie" para enervar una realidad incontrastable como la que motiva la presente; la razonabilidad de la norma en comento, nos lleva a la convicción que se trata de una regla de excepcionalidad porque no puede ser contraria a los fines constitucionales o al marco de moralidad pública que subyace en la Constitución Política; pues, los la justicia que se extraiga de la interpretación de las reglas como en el presente del artículo 2014 del Código Civil, no deben distanciarse del plexo dikelógico que enarbola la Carta Fundamental.

En efecto, debe determinarse no sólo la legalidad de tal derecho sino su legitimidad acorde con los valores y principios constitucionales que protegen el derecho de propiedad; (...).

En el presente caso, los demandados compradores no pueden alegar buena fe en la adquisición del bien sublitis; por un lado, no era cierto que asumieron la posesión del bien y además, porque esta conducta anula su buena fe; si la norma les exigía una conducta adecuada ya que estaba adquiriendo un bien con relevancia económica importante para sus intereses; no se trataba que éstos hayan verificado que su vendedora demandada tenía derecho para vender el bien conforme a la información del registro sino que además, tratándose de un derecho que tiene entidad constitucional como es la propiedad, debía verificar la posesión del mismo si éste no se encontraba en manos de terceros y que una vez adquirido, la posesión le haya sido transmitida de su transferente; estamos hablando de una posesión no formal sino material; lo que explica porque ahora la demandada vendedora al reclamar la posesión del bien y al disponerlo no transfirió posesión algunos a los demandados compradores, por lo que éstos no entraron en posesión material del mismo; descuido y negligencia que quebranta además, su buena fe; no olvidemos que la propiedad no es un derecho en sí mismo sino que tiene su fundamento en la posesión, elemento material que es su esencia; a partir de una conducta diligente

hubiere disipado el derecho contradictorio que le opone la parte demandante.

No puede establecerse que el derecho de propiedad de los demandados adquirentes sea mejor o inatacable porque esté inscrito en los registros públicos si en verdad es un derecho formal y si bien la propiedad, se perfecciona a solo consenso conforme a la regla prevista por el artículo 949 del Código Civil, exige de su titular una conducta coherente con su ejercicio para enervar derechos de terceros y en el presente caso, se publicita con la posesión del mismo, (...) (José Mercedes Fernández Uchofen Vs. Tercer Juzgado Civil de Chiclayo, 2016).

Este último caso, relata perfectamente la protección real y auténtica que se debe otorgar al derecho fundamental constitucional de la propiedad, dejando de ser la fe pública registral una verdad absoluta para ser contrastada con otros valores dentro del “marco de moralidad pública que subyace en la Constitución Política”, en este caso se le da el sentido real de la aplicación de la fe en armonía con el derecho de propiedad, en donde los Magistrados evalúan la situación de la posesión del sujeto que discute propiedad como un elemento relevante que desvirtúa la buena fe invocada por el tercero e informa sobre la verdad de los hechos. La posición que esta sentencia adopta analiza y debate la Litis desde una mirada registral, civil y también constitucional del derecho de propiedad; pudiendo determinarse que jurisprudencialmente hay una tendencia que se inclina por una salida racional y analítica de los hechos extraregistrales que encausen una solución más justa. No obstante, a la evaluación que realiza el magistrado no puede dejarse de lado que formalmente la incompatibilidad sigue radicando en la protección del tercero al considerar su buena fe basado en la inscripción de la venta, pues el juzgador aun cuando lo reconoce otorga en el caso concreto una decisión compatible con el sistema consensual de adquisición de propiedad.

En todas las resoluciones judiciales se ha verificado la existencia de incompatibilidad entre la fe pública registral y el derecho de propiedad, conociendo que el aspecto

fundamental de esta incompatibilidad está en la aplicación legalista basada en la comprobación de los elementos que configuran este principio, por tanto ante la existencia de estos requisitos el tercero puede alegar buena fe pública registral y se verá protegido, sin embargo la judicatura en los casos evaluados no siempre ha fallado a favor del tercero al considerar importante otros elementos materiales que desvirtúan la buena fe, como el caso de la posesión o la familiaridad de los contratantes, aun cuando no forman parte de los elementos de la fe pública registral.

En ese sentido, se puede establecer primero que en todo caso en que consten los elementos de la fe pública registral, esta será amparada; y segundo que la configuración de la fe pública registral no recoge entre sus elementos aspectos del derecho material que servirían para garantizar el derecho de propiedad, como la posesión o la simulación y el fin ilícito que resultan ser elementos propios de un acto jurídico válido, tampoco recoge la buena fe sustentada en la diligencia del comprador.

- **Formas De Desvirtuar La Buena Fe Pública Registral**

Raffaella Cocchella Diez (2017), en su trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho, titulado *El Supuesto Remedio de la Ley 30313 y Otras Supuestas Herramientas en el Registro*, comentando la Casación 1692-2013-PIURA, señaló:

Sobre el principio de fe pública registral, la casación en cuestión, en su Fundamento Octavo reiteró los presupuestos de configuración de tal principio que son los siguientes: “El principio de fe pública registral que, para su configuración, exige la concurrencia copulativa de determinados requisitos (...), los cuales son: a. Que el adquirente sea a título oneroso; b.

Que el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro (presunción iuris tantum); c. Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d. Que el adquirente inscriba su derecho; y, e. Que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos en los Registros Públicos resulten causas que anulen rescindan o resuelvan el derecho del otorgante”.

Bajo dicha lógica la Casación en cuestión procedió a analizar en el caso sublitis si habían concurrido tales requisitos a efectos de determinar el mérito, o no, de la protección establecida por la fe pública registral, llegando la Corte Suprema a sostener que en el presente caso no existía buena fe toda vez que había quedado acreditado, en autos que los demandados tenían, en efecto, conocimiento de la inexactitud del registro, pues conocían perfectamente el estado civil de casado del vendedor, no sólo por el grado de parentesco que los unía, sino porque domiciliaban la misma Cooperativa que aquél.

Finalmente, en torno a la pretendida incontestabilidad absoluta de la veracidad y exactitud de los asientos registrales (principio establecido en el art. VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos) se indicó, en el Fundamento Décimo Tercero, lo siguiente:

“Que, igualmente, se denuncia la inaplicación del art. VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que data del 29 de mayo de 1968. El citado artículo refiere que para los efectos de las garantías que los Registros otorgan a los terceros conforme a los artículos 1052, 1065, 1068 y 1963 del Código Civil (de 1936, derogado) y 26 del Código de Comercio (derogado) la exactitud y veracidad de los asientos de inscripción, de acuerdo con su contenido literal, no admiten

prueba o declaración en contrario que perjudiquen los derechos de quienes se hubieran amparado en la fe del Registro. Sin embargo, este precepto ha sido ampliamente superado por el artículo 2014 del Código Civil, vigente, según el cual, como se ha manifestado, la fe registral ampara al tercero adquirente a título oneroso mientras no se pruebe que aquél conocía de la inexactitud del registro, variándose así el derecho absoluto que otorgaba el Reglamento General de los Registros Públicos a favor de los terceros adquirentes, a un derecho relativo en el que se incorpora la figura de la buena fe y la onerosidad de la prestación (...)" (págs. 13-14).

Un aspecto relevante de la jurisprudencia citada por el autor, es que ella se ha superado el aspecto absoluto de la información registral, observando la posibilidad de errores que llevan la necesidad de verificación por otros medios de la existencia auténtica de la buena fe, para el amparo del tercero registral, siempre que se coteje los hechos facticos con el registro. Esta necesidad deriva además que la poca fiabilidad y los numerosos fraudes inmobiliarios utilizando la figura de la buena fe pública registral; es decir medios legales para fines ilegales.

Raffaella Cocchella Diez (2017), citando el fundamento octavo de la Casación N°3088-2006-Lima, emitida el 13 de junio de 2007 publicada por el diario oficial el Peruano el 1 de octubre de 2007, indica:

[...] forman parte de los Registros Públicos, los títulos archivados, [...] porque como el asiento registral es solamente un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. (...). “Octavo. En tal contexto es menester precisar cuando el Código Civil emplea el término antes de la modificación su concepto y alcances era interpretado de manera amplia, no limitándolo sólo al conocimiento del asiento registral, dado que la presunción absoluta de que

toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos o documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los Registros Públicos, de lo cual además se desprende la obligación de que tienen los funcionarios de la entidad registral de dar a conocer los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en la oficinas registrales” (págs. 17-18).

La necesidad de la verificación de los títulos archivados también es un aliciente de la búsqueda de seguridad de que las transacciones inmobiliarias sean auténticas y de buena fe, al menos con la pretensión de disminuir los fraudes inmobiliarios que denotan la realidad en la que debe enfocarse la protección del derecho de propiedad. Este es un avance en el aspecto registral, no obstante, la buena fe subjetiva del código civil, también debe jugar un rol imprescindible y legal para la verificación de las adquisiciones y la determinación de las verdaderas en caso de conflictos, pues no siempre las causales de nulidad como lo sería la venta por un sujeto de estado civil soltero cuando en realidad es casado, aparecen en el título archivado, ni tampoco el desconocimiento de causas que bordean la posibilidad de la existencia o presencia de otros titulares del mismo bien.

### **Posición compartida sobre la aplicación de la fe pública registral**

Avendaño Valdez y Del Risco Sotil (2012), en su artículo jurídico titulado *Pautas para la aplicación del principio de Fe Pública Registral*, ejemplifica el funcionamiento de la buena fe, y bajo qué circunstancias, al respecto:

(...), el Principio de Fe Pública Registral supone que el verdadero dueño del bien, que no tiene derecho inscrito, queda privado de su titularidad en beneficio de otra persona (llamado “tercero registral”) que

adquirió de buena fe de quien aparecía en el Registro como titular del bien y con capacidad para transferirlo, a pesar que este último no ostenta dicho derecho.

El fundamento de esta figura radica en asegurar el tráfico patrimonial que se desarrolla de buena fe y en base a la información registral.

Así, quien contrata bajo la confianza de la información que aparece en los Registros Públicos y desconoce de cualquier inexactitud que esta información pudiera tener, no puede ser perjudicado por el ordenamiento.

Puede graficarse la situación descrita de la siguiente manera: “A” vende un inmueble a “B”, quien inscribe su derecho. Luego “B” vende el mismo bien a “C”, quien también registra su titularidad. Luego “X” reclama la propiedad del bien, argumentado que “B” no es el verdadero propietario del inmueble, pues existe un vicio en el contrato suscrito entre “A” y

“B” que invalidaría la adquisición de este último. El Principio de Fe Pública Registral dispone que a pesar de la presencia de un vicio en el derecho del transferente (“B”), que en circunstancias normales afectaría la adquisición de “C”, este último conserva su derecho si es que el vicio no consta en Registros Públicos y si aquél no conoce la inexactitud registral (Avendaño Valdez & Del Risco Sotil, 2012, págs. 190-191).

El autor, describe bajo qué circunstancias se aplica la buena fe pública, y en cuanto indica la preferencia que se otorga al tercero registral de buena fe, cuando este desconozca la inexactitud registral es razonable para la protección de otros intereses igualmente legítimos, pues no en todas las circunstancias podremos creer que siempre el tercero registral en casos donde se presente un sujeto alegando derecho de propiedad, haya estado en contubernio con el transferente para perjudicar a aquel sujeto, es decir haya actuado realmente de mala fe; sin embargo en las situaciones en que por las circunstancias fácticas

que bordean los hechos se desvirtúa la “alegada o pretendida buena fe” debe preferirse el derecho del sujeto que acredite fehacientemente su dominio real.

### **5.1.2. Resultados Del Análisis Estadístico**

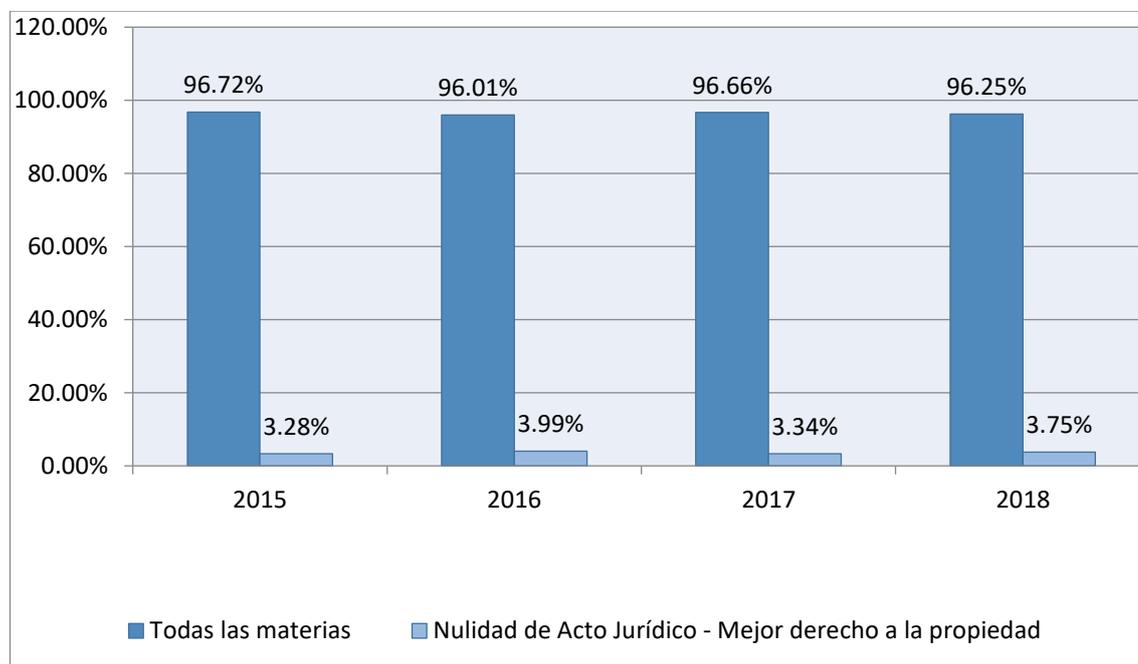
La Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Carta N° 064-2019-USJ-GAD-CSJLA/PJ de fecha 09 de mayo del presente año, atendiendo la solicitud presentada 29 de abril del 2019, ha brindado un informe estadístico acerca de los expedientes ingresados durante los años 2015 al 2018 en materia Civil, contabilizando la cantidad de procesos por año y la cantidad total de los mismos; así como el listado de expedientes generados durante el año próximo pasado en relación a las materias específicas de: Nulidad de Acto Jurídico y Mejor Derecho a la Propiedad; información que ha permitido hacer un análisis porcentual conforme al cuadro que a continuación se muestra.

*Tabla 1: Comparación de los Expedientes Ingresados según materia en los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*

AÑO	PROCESOS EN TODAS LAS MATERIAS	NULIDAD DE ACTO JURIDICO Y MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD
2015	12 434	409 = 3.2893
2016	11 090	443 = 3.9945
2017	11 341	379 = 3.34185
2018	10 496	394 =3.7538

De acuerdo a la tabla expuesta, el resultado final por año de los procesos de Nulidad de Acto Jurídico y Mejor Derecho a la Propiedad, indica que la cantidad de expedientes ingresados en esas dos materias no han sufrido mayores variaciones, dado que han oscilado entre los 390 y 410 expedientes por año; De otro lado, el porcentaje entre 3% y 4% del total de dichos procesos generados por año en relación al total, impresiona una cantidad irrelevante o un resultado muy diminuto, dando la apariencia de que dichos procesos no son muy demandados;

*Ilustración 1: Gráfico porcentual de la comparación de los Expedientes Ingresados según materia en los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*



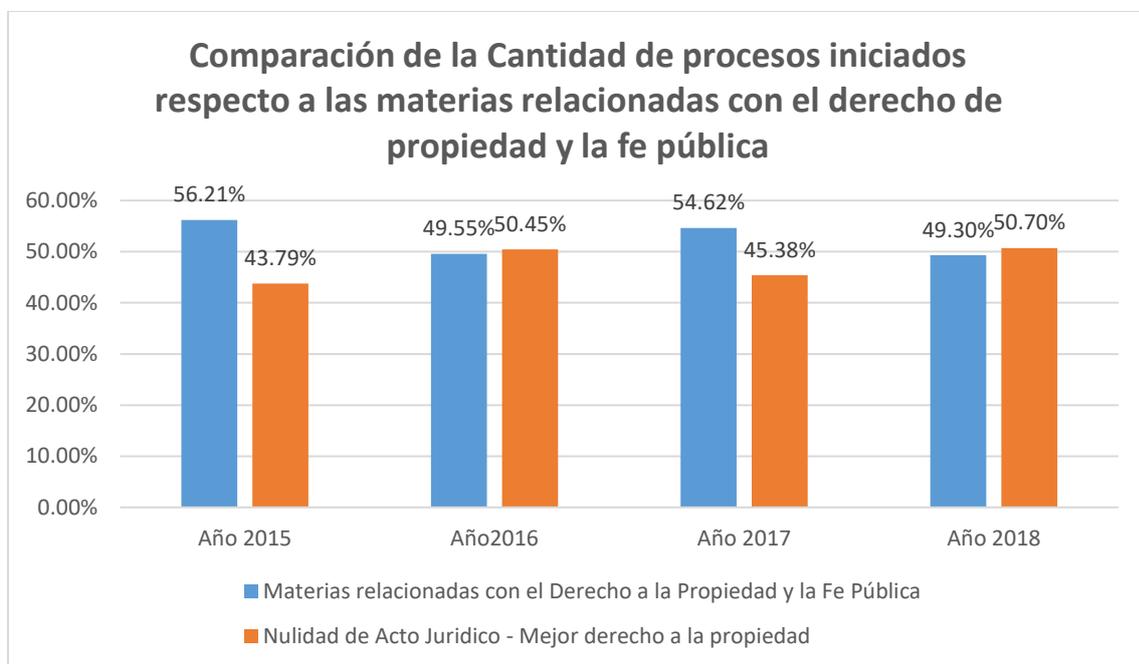
Pese a dicho resultado, es importante precisar que el informe estadístico contiene el conglomerado de 292 materias civiles, las que han generado la cantidad total de expedientes las cuales al haberse comparado con el número de expedientes generados solo por estas dos materias ha arribado a dicho resultado; no obstante en el informe estadístico, el proceso de nulidad de acto jurídico está entre las 07 materias más demandadas y el mejor derecho a la propiedad entre las 30 materias más demandadas; En tal sentido, conviene hacer un análisis solo de las materias que tienen directa relación con el derecho de propiedad y la fe pública para establecer una equivalencia armónica entre los procesos relacionados con el objeto de estudio y los expedientes ingresados.

*Tabla 2 Comparación de la Cantidad de procesos iniciados respecto a las materias relacionadas con el derecho de propiedad y la fe pública*

AÑO	MATERIAS RELACIONADAS CON EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA FE PUBLICA	NULIDAD DE ACTO JURIDICO Y MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD
2015	934	409 = 43.79 %
2016	878	443 = 50.45 %
2017	835	379 = 45.38 %
2018	777	394 = 50.70 %

Los resultados que arroja el cuadro permite advertir una gran diferencia con el primero; una vez reducidas todas las materias a solo las que tienen directa relación con el objeto de estudio, el porcentaje de expedientes ingresados sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad es más congruente con el número de expedientes que arroja el informe estadístico; puede señalarse del porcentaje final que existe una fuerte demanda de procesos y por ende la problemática social sobre la disputa de propiedad no solo se mantiene constante sino que llega a instancias judiciales.

*Ilustración 2: Gráfico porcentual de la tabla comparativa de la cantidad de procesos iniciados respecto a las materias relacionadas con el derecho de propiedad y la fe pública.*



### **5.1.3. Resultados de la opinión de operadores jurídicos**

En esta sección del análisis, dirigiremos la atención a la opinión recogida de los operadores jurídicos en la ciudad de Chiclayo, la misma que resultó de la aplicación del cuestionario de encuesta que figura como anexo N° 01 de esta investigación.

Los resultados de la opinión de los operadores nos darán la luz del conocimiento que se maneja en la comunidad jurídica respecto al tema materia de investigación, ello constituirá un factor importante al momento de la construcción de la discusión en cuanto lo referido a las conclusiones.

Así se tiene que la primera interrogante planteada cuyos resultados se plasman inicialmente como sigue:

*Tabla 3: Resultados de la primera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.*

<b>1. El principio de fe pública registral propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro.</b>	
	<b>CANTIDAD</b>
a. De Acuerdo	<b>46</b>
b. En Desacuerdo	<b>04</b>
c. NO Opina	<b>00</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>

**Descripción: Cuadro N° 01**, a la pregunta planteada: El principio de fe pública registral propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro; de un total de 50 muestras realizadas, 46 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 04 de ellos indicaron No estar de acuerdo.

Ilustración 3: Gráfico porcentual de los resultados de la primera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque



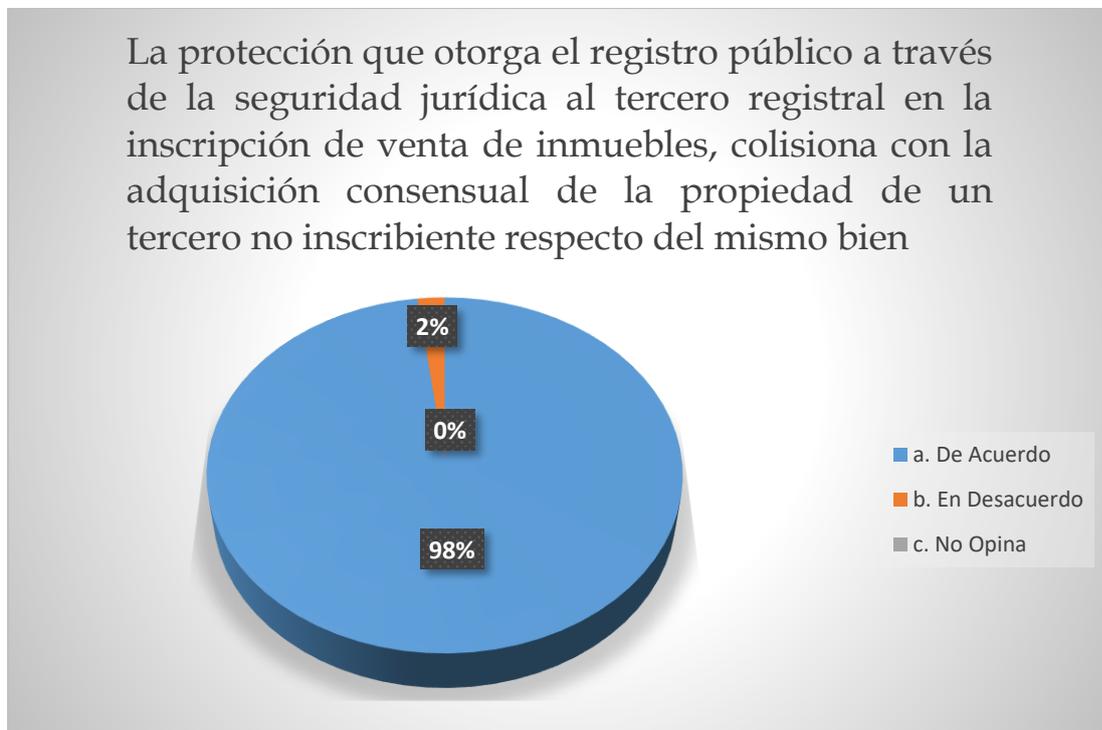
Del gráfico realizado se puede observar que la posición mayoritaria de los operadores jurídicos comprenden que la buena fe pública registral es una norma que protege al tercero registral, conforme así lo especifica la norma, sin embargo existe una cierta minoría cuya posición a pesar de lo establecido en la norma no comparte la misma opinión; se puede verificar que la mayor parte de los letrados encuestados se adaptan a los parámetros aun cuando en ellos existe una problemática o sin mayor análisis sobre la construcción y consecuencias de la norma invocada.

*Tabla 4: Resultados de la segunda afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*

<b>2. La protección que otorga el registro público a través de la seguridad jurídica al tercero registral en la inscripción de venta de inmuebles, colisiona con la adquisición consensual de la propiedad de un tercero no inscribiente respecto del mismo bien.</b>	
	<b>CANTIDAD</b>
a. De Acuerdo	<b>48</b>
b. En Desacuerdo	<b>02</b>
c. NO Opina	<b>00</b>
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>

**Descripción: Cuadro N° 02**, a la pregunta planteada: La protección que otorga el registro público a través de la seguridad jurídica al tercero registral en la inscripción de venta de inmuebles, colisiona con la adquisición consensual de la propiedad de un tercero no inscribiente respecto del mismo bien; de un total de 50 muestras realizadas, 48 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 02 de ellos indicaron No estar de acuerdo al respecto.

Ilustración 4: Gráfico porcentual de los resultados de la segunda afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.



Del gráfico realizado se puede observar que para la segunda pregunta los operadores jurídicos, a pesar del entendimiento de la ley en la forma en que está redactada, la mayoría concuerda en que la protección del Registro Público está hecha para la adquisición consensual, obteniendo como resultado la colisión entre la seguridad jurídica del tercero y la adquisición del no inscribiente; entonces existe un desacuerdo de los operadores del derecho entre lo que la norma exige y lo que consideran correcto, sin embargo tienen que constreñirse a emplear la norma como se describe; aun cuando son conscientes de la problemática de la desprotección del derecho sub examine.

*Tabla 5: Resultados de la tercera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*

---

**3. La fe pública enfocada desde el contexto civil atendiendo a la diligencia del comprador, debe ser contemplado por el juzgador al momento de resolver el conflicto entre el tercero registral y el propietario no inscrito**

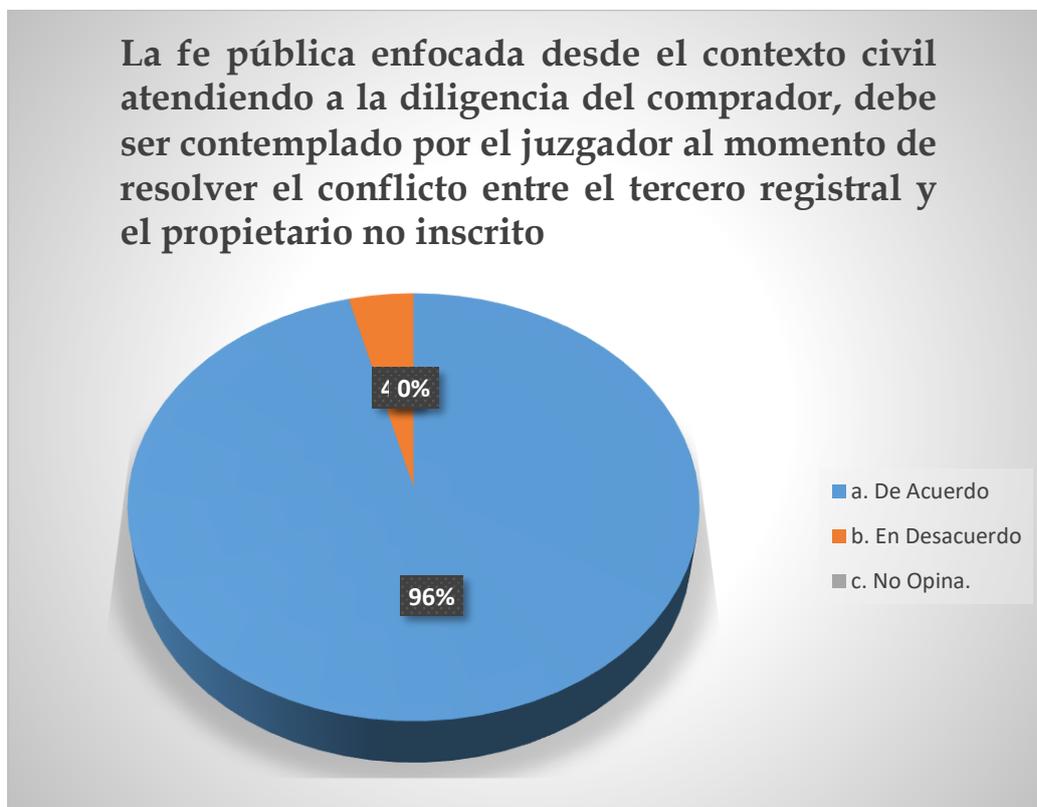
---

	<b>CANTIDAD</b>
a. De Acuerdo	<b>48</b>
b. En Desacuerdo	<b>02</b>
c. NO Opina	<b>00</b>
<b>TOTAL</b>	
	<b>50</b>

---

**Descripción: Cuadro N° 03**, a la pregunta planteada: La fe pública enfocada desde el contexto civil atendiendo a la diligencia del comprador, debe ser contemplado por el juzgador al momento de resolver el conflicto entre el tercero registral y el propietario no inscrito; de un total de 50 muestras realizadas, 48 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 02 de ellos indicaron No estar de acuerdo al respecto.

*Ilustración 5: Gráfico porcentual de los resultados de la tercera afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*



Del gráfico realizado se puede observar que la mayoría de los letrados encuestados son de un criterio distinto al que se contempla en la ley, la premisa expuesta redimensiona el concepto de buena fe incorporando la diligencia en la línea de nuestro sistema de transferencia, a lo que los operadores del derecho han mostrado su anuencia, mostrando conformidad con la postura planteada. Esto permite determinar que el quehacer jurídico lo rige una norma que la mayoría de los letrados aplica por imperio de ley, pero que ante la problemática conviene en que se flexibilice su aplicación.

*Tabla 6: Resultados de la cuarta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*

---

**4. La diferencia entre la buena fe diligencia enfocada en el contexto de la realidad extra registral y la buena fe pública registral, se basa en que la primera tiene un carácter moral naturalista, mientras que la segunda está directamente relacionada con la apariencia del registro.**

---

<b>A</b>	<b>ALTERNATIV</b>	<b>CANTIDA</b>
		<b>D</b>
	a. De Acuerdo	<b>46</b>
	b. En Desacuerdo	<b>04</b>
	c. NO Opina	<b>00</b>
<b>TOTAL</b>		<b>50</b>

---

**Descripción: Cuadro N° 04**, a la pregunta planteada: La diferencia entre la buena fe diligencia enfocada en el contexto de la realidad extra registral y la buena fe pública registral, se basa en que la primera tiene un carácter moral naturalista, mientras que la segunda está directamente relacionada con la apariencia del registro; de un total de 50 encuestados, 46 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 04 de ellos indicaron No estar de acuerdo.

Ilustración 6: Gráfico porcentual de los resultados de la cuarta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque



Del gráfico realizado se observa que la mayoría de los encuestados si consideran a la buena fe diligencia como de carácter moral, evidenciando una mayor inclinación a la utilización de la buena fe diligencia en casos de conflictos de transferencias. En tal sentido la posición de los letrados es más por dicha observancia para la consecución de la buena fe, y no solo basándose en la apariencia registral, encontrando con ello que la problemática se encuentra netamente en la aplicación de la norma, y no en los operadores jurídicos.

*Tabla 7: Resultados de la quinta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*

---

**5. La transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Por lo cual el artículo 949° no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, sino que surge directamente de él.**

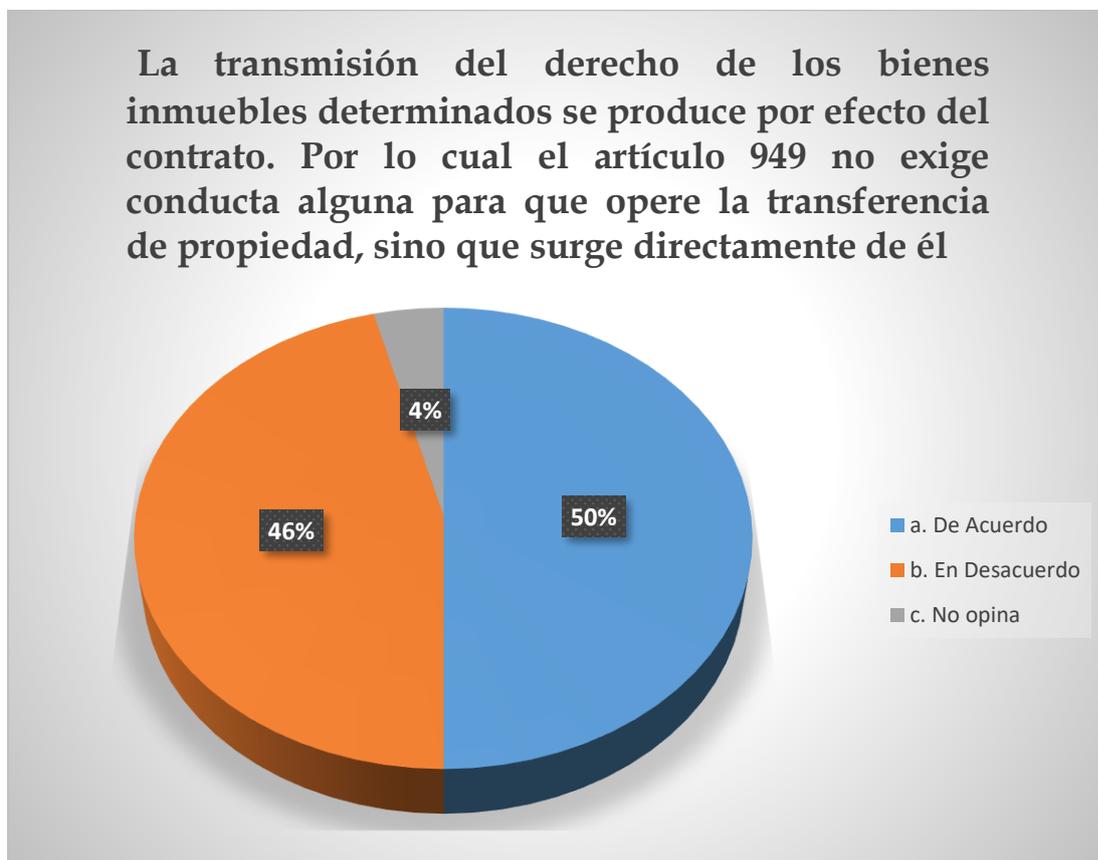
---

<b>ALTERNATIV</b>	<b>CANTIDA</b>
<b>A</b>	
a. De Acuerdo	<b>25</b>
b. En Desacuerdo	<b>23</b>
c. NO Opina	<b>02</b>
	<b>50</b>
<b>TOTAL</b>	

---

**Descripción: Cuadro N° 05**, a la pregunta planteada: La transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Por lo cual el artículo 949° no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, sino que surge directamente de él; de un total de 50 encuestados, 25 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 23 de ellos indicaron No estar de acuerdo y 02 No opinaron.

*Ilustración 7: Gráfico porcentual de los resultados de la quinta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*



Del gráfico realizado se puede advertir que en la comunidad jurídica existe una opinión sectorizada en que la transmisión de la propiedad según el dispositivo legal se produzca por el solo efecto del contrato y del consentimiento; criterio que refleja también la posición dividida de la doctrina estudiada. Vemos que un grupo de letrados no está de acuerdo en que la transferencia sea solo por efecto del contrato sin exigencia de conducta alguna, lo que lleva a inferir que para ese sector es necesario una conducta que advierta a la comunidad la existencia real de la transferencia. Esta postura tampoco difiere con la planteada que en términos adecuados busca formas de proteger el derecho de propiedad.

De otro lado la postura expuesta, también muestra que los operadores jurídicos no solo discrepan en la aplicación de la buena fe registral, sino también de la consensualidad de la transferencia, hecho que refuerza la problemática.

*Tabla 8: Resultados de la sexta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque*

---

**06. Entendida la naturaleza consensual de la transmisión del derecho de propiedad, se puede razonar que toda consecuencia gravosa - derivada del sistema registral - para el propietario que no inscribe su adquisición, constituirá la desnaturalización del sistema.**

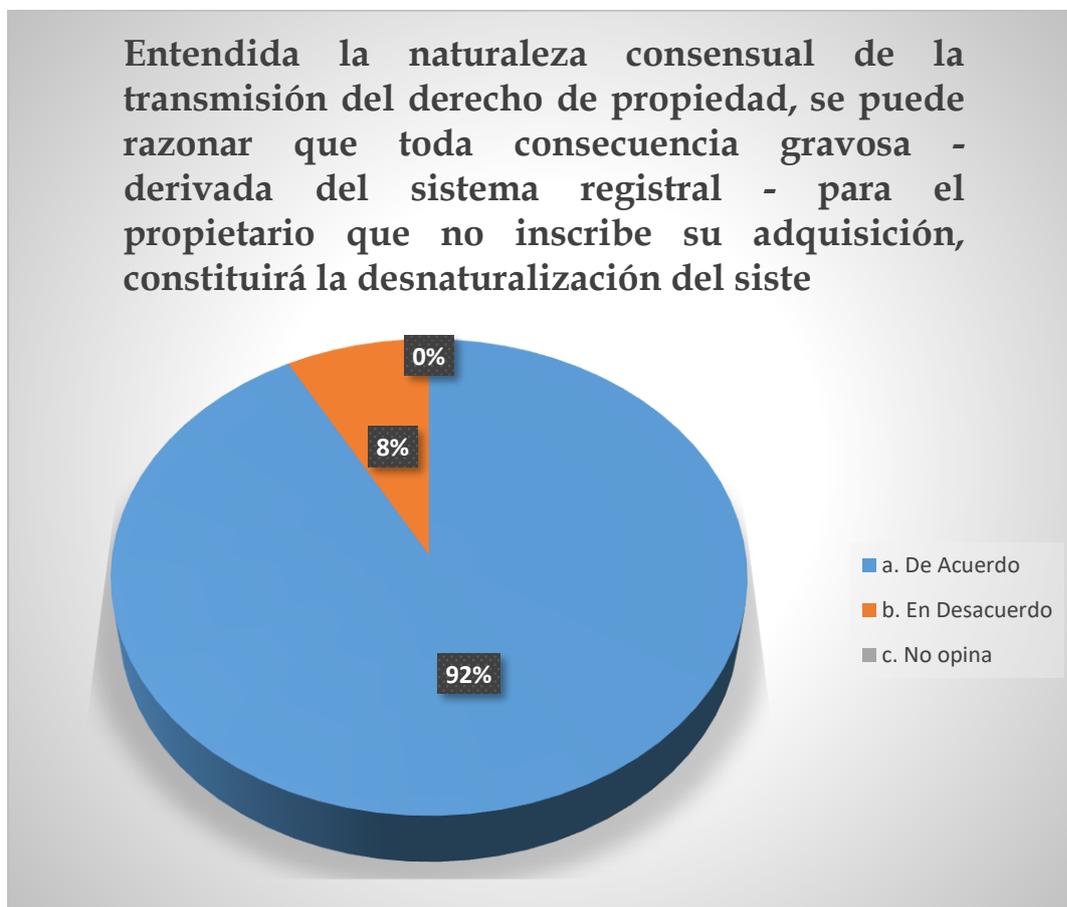
---

<b>A</b>	<b>ALTERNATIV</b>	<b>CANTIDA</b>
		<b>D</b>
	a. De Acuerdo	<b>46</b>
	b. En Desacuerdo	<b>04</b>
	c. NO Opina	<b>00</b>
		<b>50</b>
<b>TOTAL</b>		

---

**Descripción: Cuadro N° 06**, a la pregunta planteada: Entendida la naturaleza consensual de la transmisión del derecho de propiedad, se puede razonar que toda consecuencia gravosa - derivada del sistema registral - para el propietario que no inscribe su adquisición, constituirá la desnaturalización del sistema; de un total de 50 muestras realizadas, 46 de los encuestados aseguraron estar de Acuerdo y 04 de ellos indicaron No estar de acuerdo.

Ilustración 8: Gráfico porcentual de los resultados de la sexta afirmación de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque



En el gráfico realizado se observa que la mayoría de los encuestados, coinciden en que la no inscripción del derecho de propiedad en el registro agravaría dicha situación jurídica con la posible pérdida del mismo, asintiendo en que se desnaturaliza el derecho de propiedad en cuanto al modo de su transferencia. Este resultado permite determinar que los letrados conocen el sistema que nos rige, además reconocen la problemática con el sistema del registro público y según la respuesta a las preguntas anteriores manifiestan su aceptación a un cambio de pensamiento en la protección de los derechos.

## **CAPÍTULO VI**

### **CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

#### **6.1.DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

Corresponde a esta sección la discusión de los resultados obtenidos con el sentido que representan las metas trazadas por los objetivos específicos, con el fin de verificar su validez y finalmente conseguir.

##### **6.1.1. Discusión sobre el objetivo: “Describir doctrinariamente los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble”**

Las interrogantes planteadas en el discurrir del primer capítulo tienen convergencia en una que a consideración nuestra resume el punto central de la materia estudiada, que es el sistema de transferencia de propiedad, conjuntamente con conocer cuáles son esos sistemas, cuyo conocimiento no pasa más que por un talante sumamente teórico, aspectos relevantes de este nos han llevado a preguntarnos:

¿En lo que concierne a la transferencia de la propiedad, dado que el artículo 949° del C.C. consagra la transferencia por acuerdo de voluntades, este debe estar revestido de algún tipo de protección?

Luego de haber estudiado los tipos de sistemas y su evaluación, se puede indicar el sistema consensual (proveniente de Francia) que adoptó el Estado, también el Romano de la teoría del título y modo; y el de separación del contrato donde estudiamos el sistema Registral Convalidante.

Es preciso acotar que el sistema consensual se aleja del adoptado por roma, aquel no tiene un adecuado signo de reconcomiendo social, entonces retomando nuestros orígenes, pero ahora con la regulación impresa por Francia de que la trasferencia hace propietario al comprador, esa traditio o entrega de la cosa como manifestación de perfeccionamiento de contrato, ligado a la teoría de la doble causa, en nuestra opinión se encausa en un sistema asemejado a nuestra realidad. De otro lado, la posesión real del inmueble por el comprador es forma de ejecutar la tradición de la misma.

En tal sentido, como quiera que sea, ya sea la inclinación a la doctrina realista (consensualista) u obligacionista (yuxtaposición del título y modo), ambas se encuentran dentro de la teoría de la unidad del contrato, por lo que los alcances son los mismos, la transferencia independientemente de la inscripción registral. En lo que a mi postura personal respecta, el estudio del problema de la transferencia está enfocado desde la consensualidad legalmente aceptada en nuestro país, sin embargo, de acuerdo a los antecedentes y el origen romano, la teoría de los obligacionistas está justificada objetivamente y además nuestro cuerpo legal civil adopta para los contratos el efecto obligacional. Finalmente ambas doctrinas difieren en aspectos puramente teóricos como lo es, el hecho que para el primero de los casos la propiedad se perfecciona con el consentimiento y para el segundo, el perfeccionamiento es otra etapa que puede coincidir con la concurrencia de voluntades, sin embargo tales aspectos no conducen a ninguna diferencia práctica, dado que la trasferencia se produce fuera de la inscripción registral, que es principalmente el punto fuerte para la defensa de la propiedad del verus domino,

sin perder de vista que analizar otros aspectos relevantes del mismo o del tercer adquirente que permitan dirimir el conflicto.

Después de haber estudiado doctrinariamente los sistemas de transferencia, nuestro sistema es el que proviene de Francia, el del solo consenso, sin embargo, cabe tener presente que el derecho galo estuvo inspirado en el derecho romano, el cual consagraba la teoría del título y modo, siendo el modo la tradición o entrega de la cosa; si bien dos sistemas diferentes, abreviando la explicación histórica de la formación de cada sistema, se tiene que el sistema francés se formó con la intención de brindarle al adquirente la titularidad de la que carecía el romano, (hacer al comprador propietario), instituyendo el acuerdo de voluntades como creador del derecho de propiedad, pero suprimiendo dicha entrega, debido a la importancia que se le daba a las relaciones de moralidad, y es que la Francia del momento no podía concebir que se faltase a la fe prometida, es decir, el cimiento del acuerdo de voluntades como estatuto del solo consenso es la buena fe, pues para ellos como informa Castillo Freyre “ (...) El primer deber de toda persona que se obliga es el de observar los pactos que ella ha consentido, y de ser fiel a la fe prometida. (El subrayado es nuestro). (Pág. 16). En tal sentido los efectos de las obligaciones contractuales de venta se realizarían de acuerdo a la buena fe; sin embargo, ¿es posible ahora pensar en las mismas reglas?, ¿mirar este supuesto bajo el mismo lente que adoptó su concepción?, pues claro que no, sin embargo, la fe pública registral tampoco se acomoda como adecuado signo exterior de reconocibilidad social que permita dilucidar en justicia el conflicto de titularidades.

## TOMA DE POSTURA:

Según lo desarrollado en este capítulo es apropiado señalar que bajo el sistema consensuales necesario un modo de reconocimiento social adecuado al sistema, siendo este uno muy simple el de la posesión que se ejerce fuera del registro, sin perjuicio de la inscripción que aun siendo declarativa brinda seguridad, pero no por encima de la verdad real; Sin embargo si fuera necesario un cambio de sistema ciertamente el que mejor se adecua a nuestra realidad social es la teoría del título y modo (doble causa) donde la tradición es el modo para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente la posesión después de la entrega, la misma que en inmuebles tendría una connotación simbólica; además este sistema está al igual que el consensual dentro de la unidad del contrato.

Esto permite establecer como criterio que la protección no puede pasar por aquella que propugna la validación de la realidad formal que publicita el registro, en primer término porque la aplicación de la fe pública registral para la protección del tercero de buena fe pública es un mecanismo divorciado de nuestro sistema consensual o dicho de otra forma pertenece al sistema registral convalidante Alemán; En tal sentido la protección de la transferencia de propiedad ejercida en el registro no es idónea para el descubrimiento y acreditación del verdadero titular y por ende de la primera adquisición de entre aquellas que se disputan en el contexto de valoración extra registro.

6.1.2. Discusión sobre el objetivo: “Estudiar la propiedad como derecho fundamental. Establecer cuáles son las teorías que propugnan la adquisición del derecho de propiedad”.

El punto de partida, para la discusión de este segundo objetivo, tiene la siguiente premisa:

La garantía que brinda el estado al derecho de propiedad ¿es eficiente?

Esta pregunta vincula al derecho de propiedad con el sistema en que se desarrolla, pero ¿de qué manera tiene relación con la protección que brinda el estado?

Es sabido ya que un sistema eficiente tiene principalmente tres características universalidad, exclusividad y transferibilidad, y en la medida que se cumplan con eficiencia se verá también eficientemente garantizada la protección de la propiedad, pero la falla de alguno de estos debilita la función a la que está llamado, entonces debe protegerse la propiedad privada adecuadamente de modo tal que el sistema funcione con eficiencia, con esto se evitará que dos sujetos concurren buscando excluirse recíprocamente de un bien que se disputan, por la anomalía de la existencia de dos supuestos propietarios, cuando sucede ¿será una deficiencia del sistema?, si como se sabe que todo sistema está compuesto de estas características evidentemente el nuestro las tiene, pero la problemática presente nos lleva a considerar que realmente es el Estado quien no cumple el rol de garantizarlos adecuadamente para que el sistema desarrolle en forma idónea su función. A pesar que el Estado garantiza la propiedad, la transferencia de esta no tiene ninguna formalidad solemne que cumplir para su perfeccionamiento, sino solo por el acuerdo de voluntades de conformidad con el artículo 949° del Código Civil, sin embargo, ¿Qué sucede entonces cuando el Estado dice: puedes comprar y también vender predios urbanos o rústicos, cuando quieras y como quieras, pero recuerda que si alguien más inscribe primero su derecho de dominio sobre el mismo bien en el registro público, tu negligencia no puede parar ni mucho menos afectar el tráfico jurídico de bienes, por lo que debes ceder ante la transacción sobre tu inmueble, así sea posterior.

Entonces cuan cierto es que un sujeto de derecho regulando sus propias relaciones jurídicas el sistema lo proteja frente a contradicciones normativas? Con esta aseveración totalmente cierta y comprobada se llega a determinar que en efecto el Estado no cumple la función de proteger eficientemente en concordancia con nuestro sistema consensual de propiedad adoptado. El sistema nos señala que la propiedad se transfiere por acuerdo de voluntades sin embargo el Estado propulsa válidamente atendiendo a la circulación de los bienes las transferencias de bienes inscritos valiéndose de la verdad formal del Registro Público, aun frente a la verdad comprobada de un propietario desposeído; en tal sentido

no es un problema de sistema sino de garantía que el Estado brinda que hace que la función del sistema no se cumpla eficientemente, llegando incluso a la desnaturalización del mismo.

#### TOMA DE POSTURA:

La propiedad siendo un derecho fundamental que solo encuentra límites en la constitución, en temas de seguridad nacional o necesidad pública, se ve tremendamente relativizado y es más supeditado a que el titular para que conserve su derecho de dominio uso y disfrute, deba inscribirlo en el registro para que le otorgue protección erga omnes, ¿acaso no es un atributo inherente a la propiedad la persecutoriedad erga omnes?, entonces no tendría que estar inscrito si nuestro sistema registral vigente no es constitutivo de derecho de propiedad sino solo declara el ya existente, o acaso estamos ante una suerte de creación de derechos implícitas y sutiles, con la utilización indebida del principio de fe pública registral que se instituye como cimiento de todo el sistema registral. Necesariamente se requiere compatibilizar la aplicación de este principio con el derecho inviolable e infranqueable de propiedad que constituye uno de los pilares sobre los que se erige la sociedad.

Aún más cuando la constitución reconoce abiertamente a la propiedad como derecho fundamental, y por esta misma razón prescribe su garantía, pero esta garantía que el Estado brinda debe ser eficiente, protegiéndola y priorizándola por sobre la fe pública, cuando la aplicación rígida de esta niegue la existencia de una realidad opuesta.

El derecho fundamental de la propiedad se verá eficientemente garantizado en la medida que el Estado priorice su protección cuando esta esté cimentada en hechos reales que acrediten la titularidad auténtica que se disputa ante un tercero solo formalmente constituido en registro.

6.1.3. Discusión sobre el objetivo: “Analizar la aplicación de la fe pública registral para determinar su efecto sobre el tráfico de bienes inmuebles en el Perú”.

Se ha llegado a este tercer objetivo, en el que los criterios discutidos son irrefutablemente la fe pública registral y el tráfico de bienes inmuebles, sobre estos dos conceptos, girará la posición que logre adoptar, después de conocer de la fe pública registral sus elementos configurantes y del tráfico de bienes la conexión que tiene con la fe pública.

La Fe Pública registral se erige como un principio que brinda seguridad jurídica y protege a los terceros registrales facilitando el comercio inmobiliario, bajo esa línea deductiva el tráfico de bienes inmuebles necesita de la seguridad jurídica que el registro le brinda y esta seguridad jurídica a su vez está dada por la protección al tercero registral

Sin embargo, concatenando lo estudiado en el primer capítulo, con este último, la fe pública registral es propia del sistema registral convalidante que está dentro del sistema de separación de contratos, en donde la base de la protección de la buena fe pública para el tercero registral, estriba en la celebración de un segundo contrato en donde ambas partes han ratificado ante el Estado representado por el registrador, su voluntad inequívoca de transferir y de recibir el bien inmueble, a lo que se suma el acto de inscripción registral; sin embargo utilizar la misma base de protección por la inscripción registral, representa una disputa entre distintos valores que se no ajustan a nuestro ordenamiento jurídico cuyo sistema de transferencia es el de unidad de contrato, plasmado en el artículo 949° del Código Civil, sea ya en su vertiente consensual o de yuxtaposición del título y modo, dado que la transferencia de propiedad se ha perfeccionado ex ante con la celebración de un único contrato de compraventa, siendo la inscripción registral un mero acto facultativo y declarativo no constitutivo.

Entrando a analizar una cuestión puramente doctrinariamente, se puede afirmar también que, se ha trasladado la misma forma de protección del tercero registral en base a la buena fe pública registral del sistema de separación de contratos cuya configuración está dada por determinadas circunstancias, diferentes al de unidad de contrato que rige nuestro sistema jurídico, lo que ha conllevado a un problema de transferencias fraudulentas, ilegales e injustas que desarticulan y desequilibran el funcionamiento del sistema de transferencia de propiedad.

En tal sentido, la forma la protección infranqueable que otorga la buena fe pública registral del sistema de separación de contratos, tiene un funcionamiento distinto con bases igualmente distintas a las de nuestro sistema jurídico peruano de transferencia que patrocina la transferencia de propiedad voluntarista. Es decir, por la diferenciación de ambos sistemas, el tratamiento para los efectos que se desplieguen de la buena fe pública registral deben ser diferenciados atendiendo a las circunstancias. Y esto es debido a que No puede negarse que la fe pública registral otorga una seguridad muy importante para la afluencia del comercio, convirtiendo a la vez las transacciones en inmutables, sin embargo, tengamos en consideración que existen otras maneras de impulsar la buena fe generando seguridad y a la vez control para promover el buen ejercicio del derecho.

La protección y las bondades de la buena fe pública registral pertenece a un sistema diferente al nuestro en el que la inscripción no es imperativa, lógicamente porque nuestro sistema registral no es convalidante aunque en la realidad parece que lo fuera, adoptándose la combinación de un poco de cada uno de estos sistemas.

Por otro lado es necesario tener muy presente que la realidad no se circunscribe a lo que publicita el registro, decir esto es negar la existencia de todas las situaciones jurídicas particulares que están presentes en la sociedad, no se puede reducir las situaciones jurídicas existentes de transferencia de propiedad inmueble a las que se inscriben y publicita el registro, cerrando los ojos frente a la realidad, ¿acaso la protección

del tráfico jurídico de bienes, del tercero adquirente es más importante que el derecho de propiedad trazado como valor constitucional?, aun mas cuando el registro carece de un sistema único de predios en el que se hayan registrado completamente todas las propiedades inmuebles, es nuestra realidad que todos los bienes inmuebles no figuran inscritos, porque no existe obligación de hacerlo, pero por qué no se ha implementado la inscripción?, por muy bueno que este sea, no se adecua a nuestra realidad social, y demandaría una política de inversión del Estado muy cuantiosa.

En una economía social de mercado, la actividad comercial promueve el crecimiento económico para el ente capitalista estatal, para empresas y particulares, por lo que resulta importante el tráfico de inmuebles, la circulación de los inmuebles debe revestir seguridad, esa seguridad la brinda el Registro, por lo que mientras mayor seguridad exista en la inmutabilidad de la compra mayores posibilidades de inversión existirán, entonces se puede advertir que la fe pública del registro que protege el tercero registral acomoda perfectamente la seguridad jurídica que el tráfico necesita, pero a cambio de qué?, acaso cuando en ese círculo se producen ventas fraudulentas existe forma de restitución del bien al verdadero titular?, cabe también preguntamos ¿cómo se protege o asegura al otro propietario ante esa incidencia? Entonces para este titular la aplicación mecanizada de la fe pública registral, le otorga a él seguridad o más bien genera inseguridad? por la aplicación de la fe pública registral así se anule el título del otorgante la adquisición del tercero permanece inmutable, por lo que si bien se tiene de un lado la seguridad jurídica, el tráfico de bienes, y la buena fe pública registral; de otro lado, otros valores de mayor categoría, Gunther Gonzales Barrón ya lo ha observado como la justicia, y la propia seguridad jurídica del verdadero adquirente no puede soslayarse

#### TOMA DE POSTURA

Para favorecer la seguridad del tráfico jurídico de bienes, la fe pública registral tiene una posición privilegiada, pero esta no debe pasar únicamente por el telar de la publicidad registral, con la sola validación por el registro; sino que aun cuando es de gran

soporte, debe tener como premisa de validación la verificación que el adquirente haya efectuado sobre el bien, conforme al criterio de la Corte Suprema, observando la llamada “diligencia ordinaria mínima” que impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo”, por lo que si bien el registro es un mecanismo que brinda certeza en las relaciones de intercambio, esta debe ajustarse a los valores de justicia y seguridad coherente a nuestro sistema consensual, lo que no implica dejar de lado a la fe pública registral, sino que esta debe no solo tener como fuente el registro sino las condiciones periféricas que rodean la compra, acercándose a la fe pública civil, que tiene sus bases en criterios de moralidad, pero objetivas.

El signo externo de publicidad registral que valida nuestro país no es acorde al tipo de sistema que tiene el Perú, por lo que conviene establecer un signo externo adecuado y eficiente para la protección del derecho de propiedad adquirido frente a la maximización de la circulación de la riqueza y el tráfico jurídico de inmuebles.

La función publicitaria que consideramos adecuado, en cortas líneas es la posesión pacífica de quien aduce ser titular del derecho, este hecho objetivamente comprobable con la verificación permitiría formar convicción de la situación real del inmueble, de los sujetos involucrados, y de su actuación. Con ello podremos determinar bajo qué circunstancias se adquirió el inmueble y si antes de ser adquirido mínimamente se han verificado las condiciones en que el bien se encuentra, pues pueden llegar a conocerse la presencia de terceras personas que bien podrían ser las que se vean perjudicadas o que aun con la diligencia debida no se haya podido conocer de la posible existencia de un titular distinto al vendedor, en uno u otro caso la solución no pasará por una protección parcializada por la desigualdad de armas en que pudiera presentarse el primigenio comprador sino una solución justa para aquel adquirente que pruebe una compra real, posesión y utilización del bien o una adquisición de buena fe del tercero adquirente en donde no hubo modo aun actuando diligentemente de conocer al primigenio comprador.

La inscripción de la venta de un inmueble en mérito al fraude del non domino con la subsiguiente utilización del registro como mecanismo protector de un acto fraudulento que rebate el principio constitucional de propiedad defraudando las expectativas sociales desnaturaliza plenamente la finalidad registral no pudiendo en base a dicha situación ser oponible este título cuando este fundado en una situación objetiva y comprobablemente irregular.

## **6.2. RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES**

En lo que corresponde a esta variable se deben recoger las ideas que han surgido en mérito a la discusión sobre los objetivos que se enmarcan en cada una de ellas con la finalidad de verificar su validez y poder construir la hipótesis conclusiva la cual será comparada con la hipótesis que inicialmente se proyectó y así obtener como resultado la contrastación de esta, así se construye el siguiente desarrollo:

### **6.2.1. Respecto a la Variable independiente: La aplicación de la fe pública registral.**

Inicialmente debe dejarse clara la función de esta variable, afirmación que ha recibido la nominación de Independiente dada la ubicación dentro de la problemática como la causa que origina el cuestionamiento que señala el problema que generó la investigación, dicho de otro modo, se verificará si existen justificaciones que hagan presumir su validez como causa del problema.

Dada la construcción de esta variable ha de comprenderse que su finalidad es verificar la forma en que se aplica la fe pública registral en el sistema de transferencia de la propiedad, por lo cual se ha desarrollado el estudio doctrinario que permitió reconocer el origen de la institución como parte de un sistema distinto al peruano y los efectos que su ejecución ante la circunstancia consensual que la propiedad tiene como concepto; de lo cual se ha podido identificar que el fundamento de la buena fe a nivel registral opera de una manera mecánica sin un fundamento jurídico válido que a diferencia del consenso garantice a la propiedad, siendo además importante reconocer que la buena fe aún no ha podido ser estratificada de tal modo que su reconocimiento sea efectivo por lo cual se mantiene bajo la perspectiva de la prescripción, lo cual conlleva más bien a la invasión

de la seguridad jurídica como posibilidad en el tracto de la transferencia de la propiedad; por lo mismo que, la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

**La aplicación de la fe pública registral al ser una figura perteneciente a otro sistema de transferencia y en razón de la falta de su definición, no garantiza la seguridad jurídica.**

6.2.2. Respecto a la Variable dependiente: El derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble.

Al igual que en el trabajo efectuado sobre la variable independiente como la causa del problema, es menester sobre esta afirmación verificar su validez como efecto principal del problema, es decir, se determinará si existe realmente una afectación jurídica que respalde la investigación realizada.

Según lo recopilado, en la validación anterior que reconoce un problema de inseguridad jurídica provocada por la configuración de la buena fe pública registral, permite llegar al razonamiento de que ello desvirtúa la percepción de la propiedad desarrollada en el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble, es decir que la mixtura de las características que adopta dicho sistema provoca la ausencia de garantía del respeto de la propiedad para quien no haya completado la secuencia del registro; por lo mismo que la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

**El derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble se desvirtúa en razón de la mixtura de figuras jurídicas adoptadas.**

### **6.3.CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

Para alcanzar la contrastación de la hipótesis se procederá a elaborar una hipótesis conclusiva, construida por la unión de las afirmaciones resultantes de la validación de variables, resultado que será confrontado con la hipótesis inicial, operación que a continuación se desarrolla:

Hipótesis Conclusiva:

**La aplicación de la fe pública registral al ser una figura perteneciente a otro sistema de transferencia y en razón de la falta de su definición, no garantiza la seguridad jurídica; entonces, el derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble se desvirtúa en razón de la mixtura de figuras jurídicas adoptada, por lo cual se debe establecer un control que optimice el reconocimiento del consenso como prueba de la propiedad.**

<b>CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS</b>	
<b>HIPOTESIS INICIAL</b>	<b>HIPOTESIS CONCLUSIVA</b>
Si, en nuestro sistema consensual la aplicación de la fe	La aplicación de la fe pública registral al ser una figura

<p>pública registral, es incompatible con el derecho de propiedad; entonces, tal medida habilita y legitima la transferencia de la propiedad inmueble del non domino.</p>	<p>pertenece a otro sistema de transferencia y en razón de la falta de su definición, no garantiza la seguridad jurídica; entonces, el derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble se desvirtúa en razón de la mixtura de figuras jurídicas adoptadas, por lo cual se debe establecer un control que optimice el reconocimiento del consenso como prueba de la propiedad.</p>
---	--

Del cuadro comparativo se puede apreciar que la hipótesis inicial ha sido contrastada positivamente, pues la hipótesis conclusiva ratifica el planteamiento inicial, dando por sentado que la aplicación mecanizada de la fe pública registral permite las transferencias a non domino, generando inseguridad en el tracto de la transferencia de la propiedad. desarrollada bajo las normas del sistema consensual para quien no haya completado la secuencia del registro.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA:

Se puede concluir en relación al primer objetivo planteado, que en razón del estudio doctrinario de los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble, que es necesario un modo de reconocimiento social adecuado al sistema consensual, y este es la posesión que se ejerce fuera del registro, sin perjuicio de la inscripción que aun siendo declarativa brinda seguridad, pero no por encima de la verdad real;

### SEGUNDA:

Que, si fuera necesario un cambio de sistema el que mejor se adecua a nuestra realidad social es la teoría del título y modo (doble causa) donde la tradición es el modo para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente la posesión después de la entrega, la misma que en inmuebles tendría una connotación simbólica; por estar este sistema al igual que el consensual dentro de la unidad del contrato.

### TERCERA:

De acuerdo al estudio de la propiedad como derecho fundamental se reconocen las teorías que defienden la adquisición del derecho de propiedad, la misma que no valida la realidad formal que publicita el registro, en primer término porque la protección de la transferencia de propiedad por el sistema de publicidad ejercida en el registro no es idónea para conocer realmente al verdadero titular y por ende de la primera adquisición de entre aquellas que se disputan en el contexto de valoración extra registro.

la aplicación de la fe pública registral para la protección del tercero de buena fe pública es un mecanismo divorciado de nuestro sistema consensual o dicho de otra forma pertenece al sistema registral convalidante Alemán.

#### CUARTA:

La propiedad es un derecho fundamental que solo encuentra límites en la Constitución, en temas de seguridad nacional o necesidad pública; sin embargo, se ve tremendamente relativizado y supeditado a que el titular para que conserve su derecho de dominio, uso y disfrute, deba inscribirlo en el registro para que este le otorgue protección erga omnes,

La institución del Registro o llamado sistema registral vigente, en lo que concierne al registro de la propiedad inmueble no es constitutivo, solo declara el derecho de propiedad ya existente, sin embargo, estamos ante una suerte de creación de derechos implícitas y sutiles, mediante la utilización indebida del principio de buena fe pública registral instituido como cimiento de dicho sistema registral.

#### QUINTA

El derecho fundamental de la propiedad se verá eficientemente garantizado en la medida que se priorice su protección cimentada en hechos reales que acrediten la titularidad autentica que se disputa ante un tercero solo formalmente constituido en registro.

## SEXTA

Se ha logrado determinar, en razón del análisis de la aplicación de la fe pública registral para determinar su efecto sobre el tráfico de bienes inmuebles en el Perú, que dicha figura tiene una posición privilegiada, luego para que pase por el telar de la publicidad registral y obtener la validación del registro, su premisa de validación debe ser la verificación in situ que el adquirente haya efectuado sobre el bien, conforme al criterio de la Corte Suprema observando la llamada “diligencia ordinaria mínima” que impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo.

## SETIMA:

Si bien el registro es un mecanismo que brinda certeza en las relaciones de intercambio, también debe ajustarse a los valores de justicia y seguridad coherente a nuestro sistema consensual, lo que no implica dejar de lado a la fe pública registral, sino que esta debe tener como fuente además del registro, las condiciones periféricas que rodean la compra, acercándose a la fe pública civil, que tiene sus bases en criterios objetivos de moralidad.

## OCTAVA:

El signo externo de publicidad registral que valida nuestro país no es acorde al tipo de sistema que se tiene, por lo que conviene establecer un signo externo adecuado y

eficiente para la protección del derecho de propiedad adquirido frente a la maximización de la circulación de la riqueza y el tráfico jurídico de inmuebles.

## RECOMENDACIONES

### PRIMERA

Un sistema de transferencia de propiedad de doble causal -título y modo - debe serlo para inmuebles, por lo que se sugiere que el artículo 949° sea modificado en su redacción a efectos de establecer en forma clara el sistema de transferencia germano y con ello la imposibilidad de las ventas dobles o fraudulentas que encuentren su respaldo en la institución registral que tiene una naturaleza eminentemente declarativa (administrativa). Quedando el artículo 949° de la siguiente manera:

***Frente a la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, el acreedor será propietario, mediante la entrega y disposición del bien; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".***

### SEGUNDA:

Habiendo encontrado también como base del problema la aplicación del Principio de buena fe pública registral, se recomienda un reajuste en la redacción del texto legal, quedando el artículo 2014°:

“Para que el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantenga su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan, debe observar una "diligencia mínima exigible", mediante la verificación de condiciones periféricas que informen sobre el bien.

La buena fe del tercero se presume mientras mantenga la condición razonable de no desconocer la inexactitud del registro. Puede hacerse efectiva una

tutela de resarcimiento económico del daño mediante una indemnización a quien resultase perjudicado con la venta.”

## Bibliografía

- Adolfo Urbina Nizama Vs. Ley N° 28047, 00030-2004-AI (Tribunal Constitucional 02 de Diciembre de 2005). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.pdf>
- Aliaga Blanco, L. E. (Julio de 2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 27 de agosto de 2017, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1666>
- Alicia Antonia Ramirez Cruz Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 3098-2011 (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 30 de Julio de 2012). Obtenido de <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/3098-2011-LIMA.pdf>
- Alvarez Caperochipi, J. A. (2017). *El Derecho De Las Obligaciones y De Los Contratos* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Amado Ramírez, E. (Agosto de 2011). ¿Es necesaria la inscripción de la transferencia del inmueble en el Registro Público? 1.
- Arias Ramos, J. (22 de enero de 2014). *Derecho en Red*. Obtenido de "In iure cessio" como modo derivativo de adquirir la propiedad en Roma: <https://www.derechoromano.es/2014/01/in-iure-cessio-modo-derivativo-propiedad-roma.html>
- Arias Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III. Derechos Reales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III Derechos Reales* (Segunda ed.). Lima, Perú: Normas Legales.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III Derechos Reales* (Segunda ed.). Lima, Perú: Normas Legales.

- Aspillaga Anderson Hermanos S.A. Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 5614-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 20 de marzo de 2009).  
Obtenido de <http://bonosagrarios.pe/wp-content/uploads/2015/03/TC-Exp.-5614-2007-Sentencia-del-20-de-marzo-de-2009.pdf>
- Avendaño Valdez, J., & Del Risco Sotil, L. F. (Diciembre de 2012). Pautas para la aplicación del principio de Fe Publica Registral. *Ius Et Veritas*(45), 188-201.  
Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11997/12565>
- Avendaño, V. J. (1994). El Derecho de Propiedad en la Constitución. (P. U. Perú, Ed.) *Thémis*(30), 177-122.
- Beltran Pacheco, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 07 de octubre de 2017, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1095>
- Bertha Angelina Colmenares de Ugaz Vs. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 1850-2016 (Corte Suprema 07 de agosto de 2017).  
Obtenido de [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.1850-2016.-Lambayeque-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.1850-2016.-Lambayeque-Legis.pe_.pdf)
- Bullard Gonzales, A. (2006). *"Derecho y economia". El analisis economico de las instituciones legales* (Segunda ed.). Lima, Perú: Palestra editores S.A.C.
- Castillo Freyre, M. (2003). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima, Perú: Ediciones Legales s.a.c. Obtenido de [https://www.castillofreyre.com/archivos/pdf/publicaciones/catalogo/estudios\\_sobre\\_el\\_contrato.pdf](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdf/publicaciones/catalogo/estudios_sobre_el_contrato.pdf)
- Castillo Freyre, M., & Osterling Parodi, F. (Enero de 2002). Historia del sistema Francés de transmisión de la propiedad inmueble. (F. d. Corazón, Ed.) *Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*(N° 1), 43. Obtenido de

[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/historia\\_del\\_sistema\\_frances.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/historia_del_sistema_frances.pdf):

[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/historia\\_del\\_sistema\\_frances.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/historia_del_sistema_frances.pdf)

Chanamé Orbe, R. (2014). *Diccionario Jurídico Moderno* (Noveno ed.). Lima, Perú: Lex & Iuris.

Chanduví Urcia, D. B. (2017). *Consensualismo de los Contratos de Compraventa de bienes inmuebles vs. seguridad jurídica*. Trujillo: Universidad Privada del Norte. Obtenido de <http://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/10610/Chanduv%C3%AD%20Urcia%20Daphne%20Beatriz.pdf?sequence=1>

Che Esquerre, L. J. (2016). *La seguridad Jurídica del propietario en un sistema dual de transacción de inmuebles*. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego.

Cocchella Diez, R. (2017). *El Supuesto Remedio de la ley 30313 y otras supuestas herramientas en el Registro*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8580/COCCHELLA\\_RAFFAELLA\\_Ley%2030313.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8580/COCCHELLA_RAFFAELLA_Ley%2030313.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Concha Cantú, H. A. (1995). Legitimidad Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*(203-204), 16. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx>

*Derecho en Red*. (24 de setiembre de 2013). Obtenido de Modos derivativos de adquirir la propiedad en el Derecho romano: <https://www.derechoromano.es/2013/09/modos-derivativos-de-adquirir-propiedad-roma.html>

Donézar Diez de Ulzurum, J. M. (2008). *Contemporánea. Siglos XIX y XX*. Alcalá, Madrid, España: Silex Ediciones S.L.

Empresa Negocios Inmobiliarios Gran Sipán SAC Vs. Juzgado Civil Permanente de Lambayeque, 134-2015 (Primera Sala Civil de Lambayeque 19 de Julio de 2019).

- Escobar Rozas, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *Ius Et Veritas*(25), 46-60.
- Fernández Cruz, G. (1994). La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. *Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP*(30), 173.
- Gonzales Barrón, G. H. (2011). *Derecho Urbanístico*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- García Belaunde, D. (2009). *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Gonzales Barrón, G. H. (2008). Transferencia de los Bienes Inmuebles. *Gaceta Jurídica*, 186.
- Gonzales Barrón, G. H. (2011). *Derecho Urbanístico* (Sexta ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L. Recuperado el 12 de Enero de 2018
- Gonzales Barrón, G. H. (2011). *Derecho Urbanístico*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales Barrón, G. H. (2011). *Derecho Urbanístico*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales Barrón, G. H. (2012). ¡Lo Mío es Tuyo! Crítica a la "doctrina", ilegal e inmoral, por la cual las deudas de uno se pagan con los bienes de otros. *Derecho y Cambio Social*(30), 51. Obtenido de file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-LoMioEsTuyoCriticaALaDoctrinaIlegalEInmoralPorLaCu-5492683%20(1).pdf
- Gonzales Barrón, G. H. (2012). El Derecho Registral se debate hoy entre dos visiones antagónicas: Análisis del "Realismo" frente al "Extremismo". *Derecho y Cambio Social*(27), 18. Obtenido de file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-ElDerechoRegistralSeDebateHoyEntreDosVisionesAntag-5496573%20(2).pdf
- Gonzales Barrón, G. H. (2015). *La Falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A. Recuperado el 28 de setiembre de 2017

- Gonzales Barrón, G. H. (2017). *La propiedad y sus instrumentos de defensa* (Primera Edición ed.). (P. Editores, Ed.) Breña, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Héctor Alejandro Regalado Vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 3098-2011 (Corte Suprema 30 de Julio de 2012). Obtenido de <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/3098-2011-LIMA.pdf>
- Hernandez Canelo, R. (2014). *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hernández Canelo, R. (2014). *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L. Recuperado el 12 de febrero de 2018
- Instituto Peruano de Derecho Civil. VIDAL RAMOS, R. (2011). Libro De Ponencias Del VI Congrso Nacional de Derecho Civil. Lima: Grandes Graficos S.A.C.
- Jaime Felipe Fajardo Vs. Secretaría de Planeación Municipal de Popayán, T-475/92 (Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Combia 29 de Julio de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-475-92.htm>
- Jimenez Bolaños, J. (2011). Analisis del Fraude Inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia. *Revista de Ciencias Juridicas N° 125*, 79-116.
- Jimenez Bolaños, J. (Mayo-Agosto de 2011). Análisis del Fraude Inmobiliario a la luz de Nuestra Jurisprudencia. *Revista de Ciencias Jurídicas*(125), 79-116.
- Jorge Luis Javiel Cherres Vs. Segunda Sala Civil de Lambayeque, 2199-2006 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia 20 de marzo de 2007). Obtenido de [https://busquedas.elperuano.pe/download/full/85P\\_HX\\_kaxM9BndwrnjDK7](https://busquedas.elperuano.pe/download/full/85P_HX_kaxM9BndwrnjDK7)
- José Mercedes Fernández Uchofen Vs. Tercer Juzgado Civil de Chiclayo, 1029-2011 (Primera Sala Civil de Chiclayo 22 de marzo de 2016).
- López Hernández , E. (2008). El Principio de Fe Pública Registral ante la inscripcion de documentos apócrifos. *Revista Mexicana de derecho*(10), 203-2018.

- Luis Fernández Fernández-Madrid Vs. determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía, 37/1987 (Tribunal Constitucional Español 26 de marzo de 1987).  
Obtenido de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/769>
- Medina Canelo, H. (2016). *Responsabilidad Civil en el derecho inmobiliario* (Primera ed.). Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C. Recuperado el 03 de enero de 2018
- Mendoza Del Maestro, G. (2013). LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS (Apuntes sobre la legitimación aparente y el poder de disposición). *Derecho y Cambio Social*(33), 1-52. Obtenido de [file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-LaFePublicaRegistralYLaFalsificacionDeDocumentos-5476712%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-LaFePublicaRegistralYLaFalsificacionDeDocumentos-5476712%20(2).pdf)
- Messineo, F. (1979). Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. En *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III*. Buenos Aires: Ejea.
- Ministerio de Defensa Vs. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 261-2003 (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 01 de julio de 2005). Obtenido de [https://busquedas.elperuano.pe/download/full/8w6BEQv\\_4Xf8uudEitbknM](https://busquedas.elperuano.pe/download/full/8w6BEQv_4Xf8uudEitbknM)
- Moreno García, A. (1993). Buena Fe y Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*(38), 263-295. Obtenido de <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-BuenaFeYDerechosFundamentalesEnLaJurisprudenciaDel-79489.pdf>
- Neme Villarreal, M. L. (2009). Buena fe objetiva y buena fe subjetiva. Equivocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, 45 - 76.
- Nérida Consuelo Jiménez de Vega Vs. Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, 1322-2001 (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 08 de abril de 2002). Obtenido de

[http://historico.pj.gob.pe/cortesuprema/cij/documentos/AnalesJudiciales2002\\_071009.pdf](http://historico.pj.gob.pe/cortesuprema/cij/documentos/AnalesJudiciales2002_071009.pdf)

- O'Driscoll, J. G., & Hoskins, L. (2006). Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico. *Regulation*, 12. Obtenido de <http://www.hacer.org/pdf/pr.pdf>
- Oscar Pérez Burgos Vs. Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, 1638-213 (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque 10 de Febrero de 2017).
- Ossorio, M. (1997). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* (Vigesimo Cuarta ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Ossorio, M. (1997). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales / Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. (36 ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Paredes Ciccía, C. Y. (2015). La transferencia de propiedad de bienes inmuebles y los procesos de tercería de propiedad. *Revista de Investigación Jurídica*, 14.
- Patricia Senmache Chereque Vs. Séptimo Juzgado Civil, 3529-2001 (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo 08 de Noviembre de 2017).
- Perez Velasco, D. V. (2011). Análisis Económico de los Derechos de Propiedad. *Derecho y Economía*, 9.
- Pérez Velasco, D. V. (2011). Análisis Económico de los Derechos de Propiedad. (U. S. Porres, Ed.) 09. Obtenido de [https://derecho.usmp.edu.pe/centro\\_derecho\\_economia/revista/febrero\\_2011/Analisis\\_Economico\\_de\\_los\\_Derechos\\_de\\_Propiedad.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf)
- Pozo Sanchez, J. (2018). *Summa Civil* (Primera ed.). (C. Atocsa, Ed.) Magdalena del Mar, Lima, Perú: Nomos & Thesis. Recuperado el 25 de julio de 2018

- Real Academia de la Lengua Española. RAE. (2018). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española. Edición Tricentenario: <https://dle.rae.es/?id=80fotNV|80hOfyd>
- Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos Vs. el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2003). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Schreiber Pezet, M. A. (2011). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III. Derechos Reales* (Segunda ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A. Recuperado el 14 de noviembre de 2017
- Sociedad de Beneficencia de Chiclayo Vs. Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, 04251-2014 (Primera Sala Especializada Civil 02 de Abril de 2018).
- Tarazona Alvarado, F. (2011). Algunas consideraciones sobre el principio de Fe Pública Registral. *Fuero Registral N° 8 -SUNARP*.
- Torres Manrique, F. J. (10 de Septiembre de 2010). *Gestiopolis*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/la-fe-publica-en-el-derecho-peruano/>
- Torres Vásquez, A. (2016). *Código Civil II. Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas Legislación Complementaria* (Octava ed.). Lima, Perú: IDEMSA. Recuperado el 10 de diciembre de 2017
- Uriel García Pérez Vs. Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, 2175-2009 (Tribunal Constitucional 24 de junio de 2010). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02175-2009-AA.html>
- Vidal Ramos. (2011). El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano. En Instituto Peruano de Derecho Civil, *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil* (primera edición ed., pág. 209). Lima: Grandes Graficos S.A.C. Recuperado el 14 de enero de 2018, de <http://www.conadecivil.com/libro%20de%20ponencias%20final%20vf.pdf>

Vidal Ramos, R. (2011). El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano. En Instituto Peruano de Derecho Civil, *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil* (primera edición ed., pág. 209). Lima: Grandes Graficos S.A.C. Recuperado el 14 de enero de 2018, de <http://www.conadecivil.com/libro%20de%20ponencias%20final%20vf.pdf>

## ANEXOS

### 1. CUESTIONARIO DE ENCUESTA APLICADA A 50 OPERADORES JURÍDICOS.



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



## TESIS

**“LA APLICACIÓN DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA CONSENSUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES”**

## CUESTIONARIO DE ENCUESTA

Es grato dirigirnos a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de los cuestionamientos que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica que realizamos.

### **I. La aplicación de la fe pública registral.**

1. El principio de fe pública registral propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro:

- a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
2. La protección que otorga el registro público a través de la seguridad jurídica al tercero registral en la inscripción de venta de inmuebles, colisiona con la adquisición consensual de la propiedad de un tercero no inscribiente respecto del mismo bien.
- a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
3. La fe pública enfocada desde el contexto civil atendiendo a la diligencia del comprador, debe ser contemplado por el juzgador al momento de resolver el conflicto entre el tercero registral y el propietario no inscrito.
- a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
4. La diferencia entre la buena fe diligencia enfocada en el contexto de la realidad extraregstral y la buena fe pública registral, se basa en que la primera tiene un carácter moral naturalista, mientras que la segunda está directamente relacionada con la apariencia del registro.
- a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.

**II. El derecho de propiedad dentro del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble.**

5. La transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, sino que surge directamente de él.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
6. Entendida la naturaleza consensual de la transmisión del derecho de propiedad, se puede razonar que toda consecuencia gravosa - derivada del sistema registral - para el propietario que no inscribe su adquisición, constituirá la desnaturalización del sistema.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
7. Ante la desnaturalización del sistema legalmente constituido, advertida como efecto de la aplicación del principio de buena fe pública registral, se produce un efecto negativo sobre los derechos del comprador no inscribiente amparado en el sistema consensual.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.

8. Actualmente opera un sistema mixto en el que se mantiene por un lado la aplicación del principio de buena fe pública registral en virtud de la protección que confiere el registro; y de otro, la compraventa con forma ad probationem donde se descarta el elemento constitutivo de la inscripción de los registros públicos.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.