



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**La inscripción constitutiva no convalidante como alternativa a la inscripción
declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú**

PRESENTADO POR:

Bach. Paredes Tello Alfonso

ASESOR:

Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández

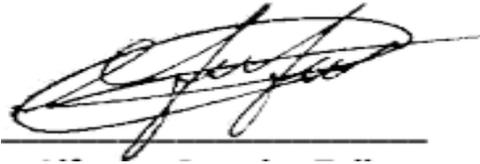
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Fecha de sustentación:

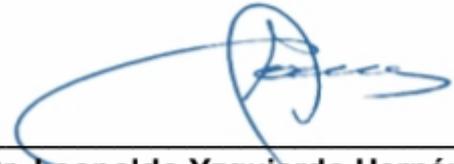
30 de octubre de 2024

LAMBAYEQUE, 2024

Tesis denominada “La inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú” presentada para optar el TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por:

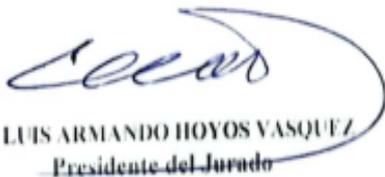


Bach. Paredes Tello Alfonso
Autor



Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16667328
ASESOR

APROBADO POR:



Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ
Presidente del Jurado



Dr. MIGUEL ARANGEL ARANA CORTEZ
Secretario del Jurado



Mrg. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
Vocal del Jurado.

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi fuerza y sostén, y por brindarme sabiduría de lo alto.

A mis padres, Edward y Katia, por ser los baluartes de mi formación y hacedores de mis victorias.

A mis hermanitas, Jimena y Bethany, por ser un motor que impulsa mi carácter en una lucha permanente por ser un mejor ejemplo para ellas.

A mis tíos, Jorge y Elsia, por la consideración, cariño y consejo brindados.

A mi familia en General, por haber estado siempre presente para mí en los momentos de mayor angustia y aún más por las alegrías brindadas en estos años de vida.

AGRADECIMIENTO

A Dios, mi Señor y Rey, por ser el que ha guiado mi camino hasta el día de hoy.

A mis padres, Edward y Katia, por sus inconmensurables muestras de amor y soporte anímico dado y el esfuerzo hecho a lo largo de estos años.

A mis Tíos Jorge y Elsia, por el apoyo incondicional que me ha sido brindado por ellos a lo largo de mi formación profesional.

A mi asesor, Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández, por su paciencia y conducción a lo largo de la elaboración del presente trabajo.

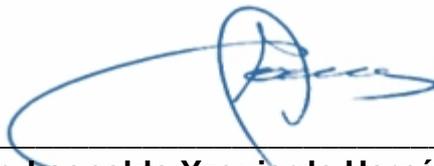
A mi Alma Mater, por haber sido la que en sus aulas me albergó y cobijó como segunda casa a lo largo de estos años de formación profesional.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, **Dr. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ**, Asesor de tesis, del estudiante: **PAREDES TELLO ALFONSO**, Titulada: “**LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA NO CONVALIDANTE COMO ALTERNATIVA A LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES EN PERÚ**”, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 09 % verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

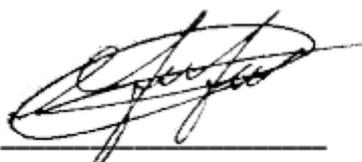
Lambayeque, 23 de Julio del 2024.



Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández

DNI: 16667328

ASESOR



Alfonso Paredes Tello

DNI 73018841, C.U. 170002E



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



ACTA DE SUSTENTACIÓN

A C T A DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 95-2024-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Alfonso Paredes Tello**.

Siendo las 12:00 p.m. del día miércoles 30 de octubre del 2024 se reunieron en la Sala de simulación de audiencias 1 de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA NO CONVALIDANTE COMO ALTERNATIVA A LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES EN PERÚ**", designados por Resolución N° 099 -2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 27 de febrero de 2024, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : **Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ.**
SECRETARIO : **Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ.**
VOCAL : **Mag. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES**

La tesis fue asesorada por Dr. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ, nombrada por Resolución N° 099 -2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 27 de febrero de 2024.

El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N° 625-2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 15 de octubre del 2024.

La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Alfonso Paredes Tello** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: **APROBADO con la nota de 18 (Dieciocho) en la escala vigesimal, mención de muy buena**

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las **1:05** p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Lambayeque, miércoles 30 de octubre del 2024


Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ
Presidente del Jurado


Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ
Secretario del Jurado


Mag. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
Vocal del Jurado.

La inscripción constitutiva no convalidante como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

9%

INDICE DE SIMILITUD

8%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
2	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	qdoc.tips Fuente de Internet	<1%
4	idoc.pub Fuente de Internet	<1%
5	repositorio.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1%
6	Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo Trabajo del estudiante	<1%
7	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	<1%
8	psicolog.org Fuente de Internet	<1%


Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16667328
ASESOR

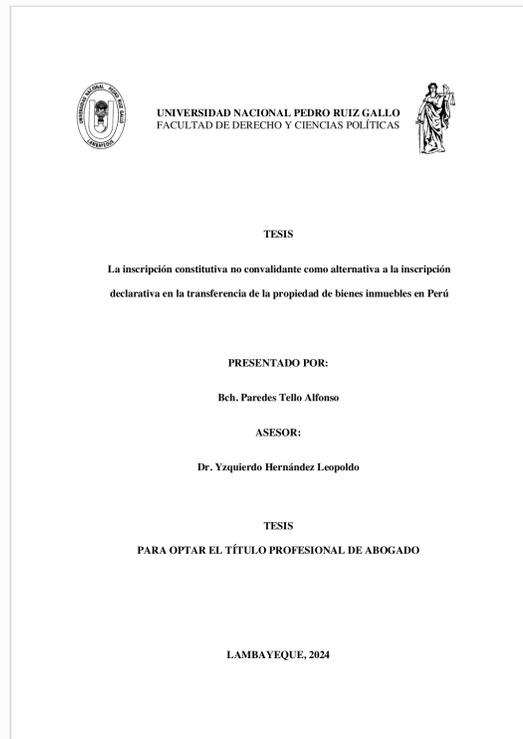


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Paredes Tello Alfonso
Título del ejercicio: Quick Submit
Título de la entrega: La inscripción constitutiva no convalidante como alternativa ...
Nombre del archivo: e_final_de_Tesis_del_Bachiller_Alfonso_Paredes_Tello_-_2024....
Tamaño del archivo: 317.85K
Total páginas: 215
Total de palabras: 60,406
Total de caracteres: 320,225
Fecha de entrega: 23-jul.-2024 10:35p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega... 2421625193



Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16667328
ASESOR

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
ÍNDICE.....	V
ÍNDICE DE TABLAS.....	XI
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	XII
RESUMEN.....	XIII
ABSTRACT.....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I: ASPECTO METODOLÓGICO.....	17
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	17
1.1. Planteamiento del Problema.....	17
1.2. Formulación del problema.....	23
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	23
1.3.1. Justificación e importancia teórica.....	23
1.3.2. Justificación e importancia práctica.....	24
1.3.3. Justificación e importancia político-administrativa.....	25
1.4. Objetivos de la investigación.....	26
1.4.1. Objetivo General.....	26
1.4.2. Objetivos Específicos.....	26

1.5. Hipótesis de la investigación.	26
1.6. Tipo de investigación.	26
1.7. Diseño de investigación.	27
1.8. Variables.	29
1.8.1. Variable independiente.	29
1.8.2. Variable dependiente.	29
1.9. Población y muestra.	29
1.9.1. Población.	29
1.9.2. Muestra.	29
1.10. Métodos, Técnicas e instrumentos de recolección de datos	29
1.10.1. Métodos de investigación.	29
1.10.2. Técnicas.	34
1.10.3. Instrumentos, equipos y materiales.	36
1.10.4. Métodos de análisis de datos	36
CAPÍTULO II: MARCO CONCEPTUAL	37
PARTE 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	37
2.1. Antecedentes de la Investigación.	37
2.1.1. Antecedentes a nivel mundial.	37
2.1.2. Antecedentes a nivel regional.	38
2.1.3. Antecedentes a nivel nacional.	40
PARTE II: EL DERECHO DE PROPIEDAD	45

2.2. El derecho de Propiedad.....	45
2.2.1. Definición del derecho de propiedad.....	49
2.2.2. Características del derecho de propiedad	52
2.2.3. El derecho de propiedad en Roma.....	58
2.2.4. La propiedad en el derecho peruano.....	60
PARTE III: SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD	67
2.3. Sistemas clásicos de Transferencia de la propiedad.....	67
2.3.1. Sistema realista o francés	67
2.3.2. Sistema formal, romano, o teoría del título y el modo.....	69
2.3.3. Sistema alemán de separación y abstracción del contrato.....	72
2.4. Sistemas contemporáneos de Transferencia de la propiedad	75
2.4.1. Sistema de Unidad de Contrato.....	76
2.5. Sistemas de transferencia de la propiedad en el Derecho Continental.....	78
2.5.1. Sistema de transferencia de la propiedad en España.....	78
2.5.2. Sistema de transferencia de la propiedad en Francia.....	80
2.5.3. Sistema de transferencia de la propiedad en Italia	82
2.5.4. Sistema de Transferencia de la propiedad en Alemania.....	85
2.5.5. Sistema de transferencia de la propiedad en Austria.....	86
2.5.6. Sistema de transferencia de la propiedad en Suiza.....	88
2.6. Sistemas de Transferencia de la propiedad en el Common Law.....	89
2.6.1. Sistema de transferencia de la propiedad en Inglaterra.....	91

2.6.2. Sistema de Transferencia de la propiedad en Estados Unidos de Norte América.	94
2.6.3. Sistema de Transferencia de la propiedad en Australia.....	98
2.7. Sistemas de Transferencia de la propiedad en el derecho Latinoamericano.	99
2.7.1. Sistema de transferencia de la propiedad en Chile.	100
2.7.2. Sistema de la transferencia de la propiedad en Argentina.	102
2.7.3. Sistema de Transferencia de la propiedad en Brasil.....	103
2.7.4. Sistema de transferencia de la propiedad en Colombia.	103
2.7.5. Sistema de transferencia de la propiedad en el Perú.	105
PARTE IV: DE LOS SISTEMAS REGISTRALES	112
2.8. Definición de Sistema registral.....	112
2.9. El ser y la razón de ser del Registro.	114
2.9.1. El ser del registro.	114
2.9.2. La Razón de ser del registro.	115
2.10. Principios del Derecho Registral.	117
2.10.1. Principios sustantivos.	118
2.10.2. Principios formales.	120
2.11. Sistema de folio real y el Sistema de folio personal.....	121
2.11.1. El folio real.	122
2.11.2. El folio personal.	125
2.12. El Registro de bienes inmuebles.....	127

2.12.1. Contenido del registro inmobiliario.....	129
2.13. Clases de sistemas registrales.	131
2.13.1 Sistema Declarativo.	131
2.13.2. Sistema Registral Constitutivo.	134
2.14. Los sistemas registrales en el derecho comparado.	138
2.14.1. Sistema Registral Alemán.	139
2.14.2. Sistema Registral australiano.	142
2.14.3. Sistema Registral de Francia.	145
2.14.4. Sistema registral de España.	146
2.15. Sistema Registral Peruano.	148
2.15.1. Época Colonial.	148
2.15.2. Sistema registral en el Código Civil de 1852.	149
2.15.3. Ley de enero de 1888.....	150
2.15.4. Código Civil de 1936.....	152
2.15.5. Código Civil de 1984.....	153
2.16. Costos de transacción y de la inscripción en registros públicos en Perú.....	154
2.17. El Catastro como instrumento coadyuvante.	160
CAPÍTULO III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	170
3.1. Resultados de la aplicación del instrumento de recolección de datos.	170
CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	179
4.1. Discusión de Resultados.....	179

4.2. Propuesta de modificatoria del Sistema de transferencia de la propiedad para bienes inmuebles.....	191
CONCLUSIONES.....	195
5.1. Conclusión General.....	195
5.2. Conclusiones específicas.....	195
RECOMENDACIONES	197
REFERENCIAS	198
ANEXOS	211

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Condición del Bien inmueble	171
Tabla 2 Condición del Transferente del bien Inmueble	172
Tabla 3 Forma en que se produce la transferencia de la propiedad del inmueble	173
Tabla 4 El adquirente amparado en la publicidad registral	174
Tabla 5 El adquirente amparado en la posesión del inmueble.....	176
Tabla 6 Resultado de la Casación.....	177

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Condición del bien inmueble.....	171
Gráfico 2 Condición del transferente del bien inmueble.....	172
Gráfico 3 Forma en que se produce la transferencia de la propiedad del inmueble.....	173
Gráfico 4 El adquirente amparado en la publicidad registral	175
Gráfico 5 El adquirente amparado en la publicidad por la posesión	176
Gráfico 6 El adquirente amparado en la publicidad por la posesión	178

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo general, el demostrar que la inscripción constitutiva no convalidante es una alternativa a la inscripción declarativa, para alcanzar mayor seguridad jurídica en el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en Perú. Sobre la metodología empleada, se optó por realizar una investigación descriptivo propositiva, puesto que se ha descrito las características esenciales del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú conforme al artículo 949° del Código Civil, y contrastarlo con otros sistemas de transferencia de la propiedad inmobiliaria en las familias del derecho continental y *common law*, así como analizar a luz de la jurisprudencia de veinte casaciones expedidas por la Corte Suprema de la República del Perú sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad, de modo que se demostró la necesidad de implementar un sistema de transferencia de la propiedad inmueble cimentada en la inscripción en el registro de propiedad inmobiliaria en lugar del sistema consensual. De los resultados de investigación, se tiene que ellos corroboran la hipótesis de la investigación pues, siendo el sistema registral peruano de índole declarativo, se obtuvo que prevalece la propiedad debidamente inscrita frente a la publicidad de la propiedad posesoria que genera el sistema consensual de inscripción meramente declarativo vigente en el Perú. Respecto a las conclusiones, estas reflejan que un sistema registral constitutivo no convalidante permitiría garantizar mayor seguridad jurídica en el tráfico jurídico de bienes inmuebles en el Perú siendo una alternativa viable frente al registro meramente declarativo que hoy posee el Perú.

Palabras claves: Inscripción constitutiva no convalidante, inscripción declarativa, transferencia, propiedad inmueble.

ABSTRACT

The general objective of this research was to demonstrate that non-validating constitutive registration is an alternative to declarative registration, to achieve greater legal certainty in the real estate transfer system in Peru. Regarding the methodology used, it was decided to carry out purposeful descriptive research, since the essential characteristics of the real estate transfer system in Peru have been described in accordance with article 949 of the Civil Code, and to contrast it with other property transfer systems. real estate property in the families of continental law and common law, as well as analyzing in light of the jurisprudence of twenty cassations issued by the Supreme Court of the Republic of Peru on processes where the right of property is discussed, so that the need to implement a real estate transfer system based on registration in the real estate registry instead of the consensual system. From the research results, it is found that they corroborate the research hypothesis because, being the Peruvian registration system of a declarative nature, it was obtained that duly registered property prevails over the advertising of possessory property generated by the consensual registration system. merely declarative in force in Peru. Regarding the conclusions, these reflect that a non-validating constitutive registry system would ensure greater legal security in the legal traffic of real estate in Peru, being a viable alternative to the merely declarative registry that Peru currently has.

Keywords: Non-validating constitutive registration, declarative registration, transfer, real estate.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada “La inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú” está orientada al análisis de la necesidad de modificar la forma de transferencia del derecho de propiedad en los bienes inmuebles, pretendiendo virar del sistema consensualista espiritualizado o del “contrato con efectos reales” a un sistema donde al amparo de la legalidad y un formalismo más riguroso, por imperio de la ley, a un registro constitutivo no convalidante. Para ello, se optó por una investigación descriptivo propositiva, de modo que a luz de los resultados obtenidos, se explique la necesidad de cambio de sistema de transferencia de la propiedad de bienes inmuebles siendo que, un sistema consensualista con un registro meramente declarativo y facultativo, no genera suficiente seguridad jurídica. Para la elaboración de la presente investigación se recurrió a fuentes bibliográficas diversas, que pasan por libros, artículos de investigación, revistas, tesis, y páginas web diversas que proporcionaron de información relevante; siendo que los principales desafíos de la misma, fue el hallazgo y recolección de datos de legislaciones extranjeras lo que llevó a recurrir a buscar en repositorios internacionales.

La presente investigación a efectos prácticos, se dividió en IV capítulos para el desarrollo ordenado y prolijo de su contenido.

En el capítulo I, que trató sobre los Aspectos Metodológicos, mismo que se encuentra compuesto por la descripción de la realidad problemática en principio, encausada, por el planteamiento del problema de investigación, seguido por la formulación del problema, la justificación e importancia de la investigación, los objetivos de la investigación, la hipótesis de la investigación, el tipo y diseño de investigación, las variables dependiente e independiente de la presente investigación, la población y muestra de la investigación, los métodos de investigación empleados en la presente investigación,

El Capítulo II, se divide en los antecedentes de investigación; posteriormente se desarrollan las bases teóricas que respaldan la misma en la parte II que trata latamente el derecho de propiedad en sus antecedentes romanos y sus formas de transferencia en roma y en la actualidad, así como su regulación en el Perú. En la parte III, se desarrollan los diversos sistemas de transferencia de la propiedad en las dos más grandes familias del derecho: el derecho continental y el *common law*; en la parte IV se desarrollan los sistemas registrales en el derecho comparado a efectos de determinar las características de los sistemas registrales constitutivos, declarativos o de transcripción.

En el Capítulo III, se desarrollan los resultados de la investigación consecuencia de la aplicación del instrumento de recolección de datos a veinte casaciones expedidas por las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

En el Capítulo IV, se desarrolla la contrastación de la hipótesis por medio de la discusión de resultados y se desarrolla a su vez la propuesta de reforma del artículo 949° del Código Civil a efectos de contemplar en el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria la necesaria implantación de un sistema registral constitutivo no convalidante.

Finalmente, se realizan las conclusiones a las que se arriban al absolverse cada uno de los objetivos específicos de la presente investigación; asimismo se desarrollan las recomendaciones hacia la comunidad jurídica en general para el desarrollo y refuerzo de investigaciones sobre el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria; posteriormente se encuentran las referencias bibliográficas empleadas en la investigación, se encuentran los anexos que componen la presente investigación.

CAPÍTULO I: ASPECTO METODOLÓGICO

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del Problema.

La propiedad es casi tan antigua como la historia de la humanidad por lo que no se conoce, dentro de los linderos de la antropología, que sociedad alguna ignorase el derecho de propiedad como una institución inherente o natural a la persona, pues a decir de Varsi, E. (2019), citando a Chaves de Farias y Rosenvald (2009) “es inherente a cualquier ser humano el deseo por la seguridad que propicia la adquisición de bienes” (p. 133). Ahora bien, la propiedad se manifiesta de muchas maneras, pero sin duda la posesión es la primera de todas estas (Cuadros Villena, 1994) y es que “cronológicamente, la propiedad comenzó por la posesión: la posesión es generadora de propiedad. Es por antonomasia, su fuente generatriz” (Varsi, E., 2019, p. 133).

Sin embargo, la posesión en sí misma, no entraña la titularidad de la propiedad al margen de las presunciones legales *iuris tantum* que legislativamente se han consagrado. Es a causa de esto que, para reforzar la noción de propiedad, se hacen presente otros elementos distintos al simple *ius possessionis* con *animus domini* y que trasciende inclusive al bizantino debate iniciado por Friedrich Karl von Savigny y Rudolf Von Ihering; y aún más al momento de la transferencia de este derecho. Esos elementos cardinales que resaltan en el acto traslativo difieren entre sí, según se trate de un bien mueble o inmueble, siendo en el primer caso, la presencia necesaria del título y el modo, mientras que en el segundo es, o idealmente debe ser, el principio del solo consenso, aunque en el fondo pueda ser necesario algo más.

La problemática circundante a la transferencia inmobiliaria no es única o exclusiva del derecho peruano, sino que acompaña a sistemas similares a este tales como el sistema francés caracterizado por la espiritualidad del simple consenso, y el sistema de la yuxtaposición del título y modo característico del derecho español y con antecedente en el

derecho romano (Chanduví, D., 2017). Siendo que todos ellos asumen, más o menos, o bien un sistema consensualista o bien un sistema de doble causa con título y modo, siendo este último la toma de posesión del bien; a diferencia del sistema germano, suizo y australiano, donde el sistema es de doble causa en bienes muebles, acompañado del sistema del registro constitutivo convalidante para los inmuebles.

Una de las dificultades notorias que se han generado a lo largo de la historia de la codificación nacional, pasa sin duda por la problemática entorno a la informalidad en el tráfico jurídico de bienes, principalmente a nivel de bienes inmuebles, mismos que se supeditan al principio del *solo consensus*, mientras que los muebles, se rigen por la fórmula conjunta del título y modo, cercana al sistema romanista y español, siendo el título el que funciona como causa traslativa y el modo -que vendría a ser la *traditio* – como causa perfectiva (Ancajima, J., sf).

El derecho nacional ha regulado en su historia a esta institución en su transferencia tal como en el código civil nacional de 1852, adoptó un sistema único de transferencia tanto para bienes muebles como inmuebles, bajo la fórmula del título y modo conforme al artículo 574° el que prescribía que “La enajenación se completa con la tradición, que es la entrega de la cosa, poniéndola a disposición de un nuevo dueño...” sin embargo nacía una antinomia a raíz de la transferencia por contrato de compraventa, conforme al artículo 1306 del mismo, donde se empleaba la fórmula propia del derecho francés.

En el código civil 1936 se mantuvo las raíces romanísticas y se adoptó el sistema español, respecto de la transferencia de bienes muebles, sin embargo, para la transferencia de la propiedad inmobiliaria se empleaba el artículo 1772 referente a las obligaciones, mismo que propone una fórmula similar a la del código actual, aunque vale diferenciarla de la regulación del artículo 949 del Código Civil de 1984, ya que en la codificación de 1936, contemplaba que la transferencia se daba por la obligación de dar un bien inmueble,

constituyendo en sí misma el perfeccionamiento de un contrato de obligación de dar, mientras que la forma espiritualizada francesa emulada en el artículo 949 del código civil de 1984 tiene preponderancia la obligación de enajenar el bien producto de la manifestación de voluntad, es decir, del solo consenso (Chanduví, D., 2017).

Respecto del consensualismo espiritualizado, que plantea nuestra codificación, Fernández, G. (1994), señala que:

(...) el consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar -en un sistema jurídico dado- las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza. (p. 175).

Es decir, delimita teleológicamente el principio del solo consenso consagrado en el artículo 949° del Código Civil, mismo que regula la transferencia de la propiedad inmueble. Empero, los cuestionamientos entorno a esta norma no están exentos, y es que el consensualismo es, casi en puridad, una ficción jurídica, que reemplaza a la causa eficiente con la que se perfeccionaría la compraventa de bien inmueble a diferencia de la transferencia mobiliaria, misma que presenta un título y un *modus acquirendi*.

La posición más aceptada en la exégesis de la transferencia de la propiedad inmueble en Perú es que adopta el consensualismo espiritualizado francés. Sin embargo, la doctrina nacional contiene al respecto. Para Osterling, F. (1985), en sus comentarios y exposición de motivos respecto de los derechos reales, afirma que el modo, dentro de la transferencia de bienes inmuebles está dado por la cesión de derechos, lo cual no deja de ser un argumento poco verosímil pues, la cesión de derechos es una modalidad que extingue una obligación pero que jurídicamente está regulada en forma autónoma, no siendo admisible por ende que

el *nomen iuris* “cesión de derechos” como *modus acquirendi* en la transferencia inmobiliaria sea el mismo que el de esta institución jurídica.

Según indica Ancajima, J. (sf), para De la Puente y Lavalle, debe aplicarse la teoría del título y modo para bienes inmuebles pues, estando a lo dispuesto por el artículo 1451, el contrato -de compraventa- solo tiene efectos obligacionales y no traslativos en sí mismos, por lo que debe existir un modo. Además, el mismo autor desprende que, integrando el derecho registral nacional, a lo dispuesto en el artículo 2022 del Código Civil, para que un derecho real pueda ser opuesto a terceros, debe estar inscrito; por lo tanto, se evidencia la existencia de inseguridad jurídica producida por el mero consenso con un registro declarativo, conforme al código civil, siendo que, además de este, existe el registro constitutivo, para derechos reales de garantía.

Otros autores, en cambio, postulan que el título, por sí mismo, es el que asume ambos roles (título y modo) tal como lo dice Arias-Schreiber, M. (2000); para quien es posible que la transmisión de la propiedad sea perfecta y se realice por un solo acto, pero que, a su vez, determina la consumación de los efectos traslativos, de modo que se perfecciona el contrato por la sola fuerza del consentimiento, haciendo que el comprador sea inmediatamente el nuevo propietario del inmueble. Y es que la *sola voluntas accordare* se convierte en causa eficiente y perfecta, dejando de ser necesario la validación del negocio jurídico traslativo por medio de alguna tramitación o documentación *a posteriori*.

Es por ello que para poder tutelar el derecho del adquirente, el código civil de 1984 en forma complementaria a las reglas de transferencia de la propiedad, ha dispuesto reglas como la contenida en el artículo 1135 y 1136 sobre la concurrencia de acreedores en bienes muebles e inmuebles, así como, dentro del ámbito del derecho registral, ha dispuesto la buena fe registral conforme al artículo 2014. Sin embargo, estos instrumentos no son de índole absoluta o indubitables, por ejemplo, Bullard, A. (1991) dice que “la buena fe al

momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho y podría ser que un tercero logre esto antes” (p. 151)

Para que el derecho de propiedad sea ejercido en forma efectiva, y con la plena seguridad jurídica, bajo la cual pueda emplearse el poder *erga omnes* característico de los derechos reales, no debería ser únicamente relevante la presencia de la buena fe, sino que es ineludible reconocer que tiene gran incidencia la participación de los registros públicos, sin que ello implique la convalidación de vicios existentes en el o los actos jurídicos contractuales que antecedan a la inscripción a nivel registral, es decir, establecer un sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria en base a la inscripción en un registro no convalidante para constituir la propiedad, pues son los registros públicos los llamados a brindar difusión de la titularidad del derecho en aplicación del principio de publicidad registral, sin menospreciar a la posesión, empero en el contexto actual, la trascendencia de los Registro Públicos por revestirse de vestiduras de formalidad, ha cobrado mayor relevancia.

Por ello, Cantuarias, F. (1997), propone que los bienes deben clasificarse en base a criterios económicos, considerando funciones elementales que debe cumplir el derecho en la sociedad. Avendaño, J. (2000), clasifica a los bienes como registrables y no registrables, con la finalidad de que por medio de esta clasificación se transmitan a través de un título y modo, siendo el contrato el primero y la inscripción en el registro respectivo el segundo, lo cual le daría efecto constitutivo al registro, no solo al de propiedad inmueble sino a todos los registros, por lo que la inscripción, al tener carácter constitutivo sería un elemento esencial para la creación, modificación o extinción de un derecho real, sin embargo, no debe ser un pilar necesario o esencial la modificación de la clasificación de los bienes de inmuebles o muebles en registrables y no registrables pues, basta que se modifique en esencia la forma de traslación del dominio manteniendo o conservando la clásica y

romanística clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, bajo la premisa de una transferencia por medio de un registro constitutivo no convalidante.

Es imperante o, cuanto menos urgente que, siendo los registros públicos dentro del derecho peruano con carácter declarativo y facultativo muten en constitutivos no convalidante para el caso de la propiedad inmueble, pues la informalidad en la titularidad de la propiedad es un gran escollo que no ha sido superado por política estatal alguna e inclusive por el derecho e iniciativa privada.

A consecuencia de la explosión demográfica en el país, así como de las migraciones internas y externas que se han dado a ciudades de la costa, como consecuencia de la crisis económica de las décadas de 1980 y 1990, se ha propiciado la germinación de pueblos jóvenes o asentamientos humanos donde la propiedad no existe al margen de la posesión y es que “la gran mayoría de nuestra población vive condiciones de pobreza y sin un título de propiedad registrado trae como consecuencia la precariedad en la calidad de vida de los peruanos” (Maita, D., 2021), lo que ha motivado la creación de entes como COFOPRI a fin de facilitar la inscripción de predios informales, misma que no se da por la ausencia de títulos de propiedad. También se creó el PETT o Programa Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural, por el cual se busca facilitar la inscripción de los predios informales fuera del radio urbano a fin de ser integrados en la base catastral municipal y que coadyuve con el área de catastro de SUNARP.

La ausencia de una cultura registral, misma que sigue a un sistema registral no constitutivo, como el caso español o italiano y, lógicamente el peruano, podría combatirse gracias a un sistema con virtualidad constitutiva, donde la transferencia solo se concretaría vía inscripción del bien inmueble a transferir. Y es que, desde el análisis económico del derecho, resulta mucho más eficiente, el combatir la informalidad en la propiedad y los problemas que devienen del tráfico jurídico de bienes inmuebles por medio de instrumentos

jurídicos de orden público como sería el caso de la aplicación de un sistema de transferencia basado en el registro constitutivo (sea convalidante o no convalidante), como alternativa más adecuada, pues es imposible que se logre el idílico proyecto de tener un “sistema ideal de transferencia”.

Vale decir que esta idea no resulta descabellada pues ya ha sido sondeada en múltiples ocasiones pero, sin duda la más representativa sería la propuesta de Alfredo Solf Muro ante la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, quien pretendió persuadir a los legisladores de aplicar la obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de transferencia de la propiedad inmobiliaria, pero que, fue rechazada *per se* por dicha comisión a causa de un afán conservador de las bases del derecho romano en nuestro sistema. Este último antecedente, motiva aún más el planteo de la inscripción constitutiva no convalidante a fin de conseguir la seguridad jurídica en la circulación de bienes inmuebles en el Perú.

1.2. Formulación del problema.

¿Cómo debe ser aplicada la inscripción constitutiva no convalidante como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú para alcanzar mayor seguridad jurídica?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación e importancia teórica

Tiene una justificación e importancia teórica, puesto que se cimenta en el planteamiento de un sistema constitutivo como alternativa al sistema declarativo de la inscripción registral, el cual se encuentra vigente en el derecho peruano; esto desde un punto de vista abstracto, apoyándose en postulados doctrinales y teóricos, buscando ser una plausible o, cuanto menos, una contemplable solución a la problemática circundante al tráfico jurídico de bienes inmuebles en el Perú; y es que en el país, a lo largo de los años,

vemos cómo han crecido los problemas vinculados a las invasiones inmobiliarias y las mafias de tráfico de terrenos que en el ámbito de la transferencia de la propiedad inmobiliaria que se convierten en autoras de modalidades de delitos de estafa o defraudación como lo es el delito de estelionato, etc.; pero todas ellas propiciadas a raíz de la inseguridad jurídica generada por el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria en el Perú, además de la informalidad en la titularidad del derecho de propiedad consecuencia de un registro declarativo que, manteniendo en su esencia un carácter facultativo, se convierte antes que en una exigencia para el perfeccionamiento del contrato traslativo de la propiedad, en un requisito inexigible pero complementario al deber de diligencia del buen comprador.

1.3.2. Justificación e importancia práctica.

La justificación e importancia práctica de la presente investigación se nutre a raíz de que, en medio de un contexto de transferencia de la propiedad inmobiliaria con origen en el consensualismo espiritualizado, las problemáticas entorno a la seguridad jurídica se han visto comprometidas por este sistema, siendo que para el derecho nacional, basta la obligación de enajenar el inmueble para que el acreedor se convierta en propietario del mismo conforme al artículo 949 del Código Civil, algo que, de caras a la realidad, física y tangible, coloca en un limbo el derecho del acreedor -y consecuentemente a este- respecto a la efectividad del contrato como causa suficiente para la adquisición del derecho, siendo que el mismo, conforme al artículo antes citado, no necesita de condición o causa perfecta pese a que, a priori, la sola obligación de enajenar no puede o, idealmente, no debería ser suficiente para la concreción de la adquisición de un derecho tan importante como el de propiedad; siendo necesario para eso la conjunción de un acto aparte -en unidad de acción- además del acto jurídico por el que se pacta la transferencia de la propiedad, mismo que correspondería al acto jurídico de inscripción, por lo que el sistema registral en materia inmobiliaria debería transformarse en constitutivo abandonando el ya clásico sistema

declarativo del derecho peruano, todo a fin de así poder enervar las dificultades notorias en el tráfico jurídico de bienes inmuebles y superar la escasa seguridad jurídica con origen en nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble y nuestro sistema registral superando conflictos como, por ejemplo, el concurso de acreedores de bienes inmuebles conforme a las reglas del artículo 1135° del Código Civil peruano de 1984.

1.3.3. Justificación e importancia político-administrativa.

La presente investigación posee una justificación e importancia político-administrativa, porque se orienta a proponer una reforma normativa del artículo 949 del Código Civil, a fin de obtener la anexión de una causa perfectiva del contrato de compraventa de bienes inmuebles, por la que se concreta el acto traslativo, y es que la compraventa vendría a ser el contrato por el que las partes solo se obligan a la transferencia de la propiedad siendo necesario el perfeccionamiento, del acto de transferencia del bien inmueble, para lo que debe establecer como causa perfectiva la inscripción en el registro correspondiente, además de ser necesario la modificación de la clasificación de los bienes que tradicionalmente se dividen en muebles o inmuebles, a registrables o no registrables a fin de determinar la naturaleza jurídica registral de cada uno frente a los actos de disposición que de los mismos se hiciera. La reforma normativa debe acompañarse de una reforma del sistema registral nacional, a fin de incorporar el principio de inscripción constitutiva para el derecho de propiedad en bienes inmuebles -o registrables- así como la modificación del reglamento de inscripción del registro de predios. Además, siendo que de las características de un sistema de transferencia de la propiedad de bienes inmuebles que se sujeta a la inscripción constitutiva (convalidante o no convalidante) es necesaria la presencia ineludible del catastro, sea este rural o urbano, por lo que depende del Estado realizar una reforma a fondo de esta institución, sea independizándola bajo la administración de una institución autónoma pero que forme parte de un sistema integrado en colaboración con los registros

públicos, pues es necesaria la unidad entre registros públicos y catastro a los fines de la propuesta de tener a la inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmobiliaria en Perú.

1.4. Objetivos de la investigación.

1.4.1. Objetivo General.

Demostrar que la inscripción constitutiva no convalidante es una alternativa a la inscripción declarativa, para alcanzar mayor seguridad jurídica en el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos.

Describir al derecho de propiedad y su transferencia en sus antecedentes romanísticas como institución jurídica y en la codificación nacional a lo largo de la historia en el Perú.

Comparar los sistemas de transferencia de la propiedad inmobiliaria, en los sistemas de transferencia de la propiedad en las dos más grandes familias del derecho como lo son el derecho continental y el common law.

Identificar y diferenciar los sistemas registrales constitutivo y declarativo; así como los principios registrales entorno a cada uno de ellos y sus características.

Explicar la deficiencia de la seguridad jurídica en el sistema de inscripción declarativo peruano, mediante el análisis jurisprudencial.

1.5. Hipótesis de la investigación.

La inscripción constitutiva, frente a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, generaría mayor seguridad jurídica.

1.6. Tipo de investigación.

El tipo de la investigación es descriptiva por cuanto “se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espaciotemporal dada, justamente por eso se habla de descripción” (Tantaleán, R., 2015, p.6). y es que, aunque parezca redundante,

esta investigación se caracteriza por realizar un estudio de carácter descriptivo pues solo se limita a realizar esta actividad más o menos detenidamente, realizando la descripción del fenómeno investigativo desde la realidad, pasando por la evolución de este en el tiempo. (Pineda, J., 1990).

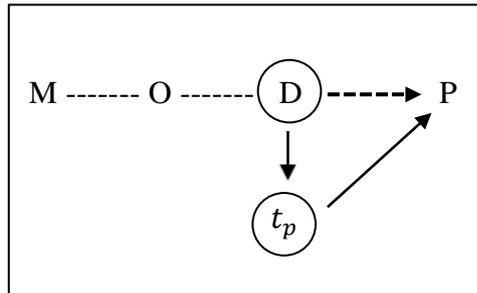
Esto nos permite desglosar un problema de naturaleza jurídica en sus componentes, pudiendo así avizorar la concatenación entre ellos a efectos de evidenciar la función de una determinada institución jurídica.

Además, la presente investigación también es una investigación jurídica propositiva pues en ella lo que se pretende es crear, diseñar o elaborar una propuesta que permita un cambio de una institución jurídica o del marco normativo de esta, sea que se trate de una adición, supresión o un completo. La investigación propositiva también se denomina como prescriptiva pues la misma puede entenderse como orientada a prescribir algo novedoso. Este tipo de investigación “se logra mostrando las falencias de la regulación o institución actual, para, luego de la corrección respectiva, mostrar que el cambio propuesto es el mecanismo idóneo por el cual se superarán las dificultades iniciales” (Tantaleán, R., 2015, p.16).

1.7. Diseño de investigación.

La presente investigación se desarrolla bajo el esquema de la investigación descriptiva propositiva, pues se busca, en un primer momento, describir el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho peruano y la problemática alrededor de la insuficiente seguridad jurídica que genera este sistema para que, posteriormente se proponga una solución que pasa por la reforma normativa de la transferencia de la propiedad inmueble y del sistema registral nacional adoptando el sistema de inscripción constitutiva a fin de lograr la suficiente seguridad jurídica.

Su diseño es:



En donde:

M: Es la Muestra del Estudio; consistente en las sentencias judiciales que demuestran la poca seguridad jurídica del sistema consensual y del registro declarativo en el Perú.

O: Información importante recogida y observada de la muestra; es decir, las características en contraste de otros sistemas de transferencia de la propiedad que se fundan en un sistema constitutivo de la inscripción en registros públicos.

D: Es el diagnóstico que surge a raíz de la observación del problema; siendo en este caso la inseguridad jurídica en el tráfico de bienes inmuebles generada a raíz del sistema de transferencia de bienes inmuebles en Perú, basada en el solo consenso.

t_p: Es el análisis y fundamentación de teorías o variable temática; constituida por las bases doctrinales respecto de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú como en otros Estados, la teoría del título y el modo, la teoría del solo consenso, las bases de los sistemas registrales constitutivo y declarativo, la base sobre la teoría del catastro.

P: Es la propuesta de solución a formularse; es decir la propuesta de establecer el sistema de inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmobiliaria en Perú.

1.8. Variables.

1.8.1. Variable independiente.

La inscripción constitutiva no convalidante como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmueble.

1.8.2. Variable dependiente.

La Seguridad jurídica.

1.9. Población y muestra.

1.9.1. Población.

Sentencias en casación sobre controversias en materia de transferencia de la propiedad expedidas por las salas civiles de la Corte Suprema de la República del Perú 2014 al 2024

1.9.2. Muestra.

Se encuentra conformada por veinte (20) sentencias en casación sobre controversias en materia de transferencia de la propiedad expedidas por las salas civiles de la Corte Suprema de la República del Perú en el periodo comprendido entre los años 2014 al 2024.

1.10. Métodos, Técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.10.1. Métodos de investigación.

Los métodos de investigación empleados son.

- Método estadístico.

La estadística es en sí misma una ciencia, la cual indica Corona Cortez, R. (2015), referenciando a Carot, A. (2001) “nos permite sacar conclusiones y tomar decisiones sobre colectivos llamados poblaciones con base en información extraída de una parte de los mismos denominada muestra” (p.18).

Por ello, a efectos de la presente investigación, se empleó el método estadístico en su vertiente descriptiva, por siendo el diseño de la misma el de una investigación descriptivo-

propositiva, dicha investigación se caracteriza por ser en palabras de Gallardo Echenique, E. (2017) “es un conjunto de técnicas y medidas que permiten caracterizar y condensar los datos obtenidos en forma de tablas gráficas” (p.81).

- Método exegético.

El método exegético es aquel por el cual se realiza la interpretación de un marco normativo o institución jurídica desde la literalidad de las disposiciones que la reglamentan, entendiendo que la norma es la fuente propia y genuina del derecho, aquella que ha sido sancionada por el legislador bajo el ejercicio de su potestad constitucional y funcional. Es por ello que, decimos que el método exegético, es aquel que atiende al significado técnico que se desprende de la norma y demás dispositivos de carácter legal (Riofrío, J., 2015).

Este método sirvió a fin de interpretar del artículo 949 del Código civil por la cual se establece el principio del solo consenso como base de la transferencia de la propiedad inmobiliaria en el Perú. Además, se empleó para las disposiciones relevantes vinculadas al reglamento general de los registros públicos o del reglamento del registro de inscripciones de predios a fin de establecer obtener la información vinculada a la naturaleza de la inscripción declarativa en el sistema peruano, para contraponerla con la inscripción constitutiva propia de otros sistemas de transferencia de la propiedad inmueble y asimismo, de otros sistemas registrales consultados a los fines de la investigación.

- Hermenéutica Jurídica.

Es la interpretación del derecho en forma tradicional, que se sustenta en bases filosóficas que buscan darle sentido al contenido de la ley. Este método de interpretación es según Ferrer, J. y Zuluaga, A. (2013), “un método íntegro, capaz de abarcar la comprensión y la explicación de las normas jurídicas relacionándolas siempre con los hechos y con los valores que intervienen en el derecho; es decir, llega al plano de la argumentación” (p. 18).

Este método se empleó en la correlación entre las normas jurídicas que regulan instituciones tales como la transferencia de la propiedad inmueble en Perú y el sistema registral con carácter declarativo imperante en nuestra tradición jurídica y su aplicación en nuestra realidad, frente al contraste con sistemas más importantes o desarrollados de la misma o inclusive, distinta familia del derecho.

- Método inductivo-deductivo.

Es aquel que se compone de dos procedimientos distintos e inversos, el primero pasa por la inducción y el segundo, pasa por la deducción, la inducción “es una forma de razonamiento en la que se pasa del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general, que refleja lo que hay de común en los fenómenos individuales” (Rodríguez, A. y Pérez, A. 2017, p. 10), por medio del cual se da la repetición del fenómeno investigativo fáctico, de modo que se halle rasgos comunes con otros existentes a fin de arribar a conclusiones generales.

Posteriormente, se direcciona dichos conocimientos al razonamiento deductivo el cual según Rodríguez A. y Pérez A. (2017), se caracteriza por ser aquel procedimiento donde extrajeron conclusiones a partir de la aplicación de leyes de la lógica inferencial, principalmente, por medio de silogismos. Aquí la inducción y deducción se complementan, de modo que por la primera se encuentren o establezcan generalidades por el análisis de varios hechos o fenómenos y posteriormente, a partir de esa generalización se dedujeron conclusiones lógicas, formando así una unidad dialéctica.

En la investigación, se inició del análisis del sistema de transferencia de la propiedad peruana y su relación con el sistema registral, al excluir a la inscripción como parte del acto jurídico traslativo, tomándola únicamente en una posición facultativa de carácter declarativo y publicitario, así como el análisis del mecanismo de transferencia de la propiedad y su relación con sus sistemas registrales en otros países, de las dos principales familias del

derecho. Posteriormente, del análisis de este fenómeno correlativo a la ausencia de la inscripción constitutiva frente a la inscripción declarativa en el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, se establecen normas genéricas o pautas para la praxis legislativa que contemplen la reforma del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, así como el sistema registral a fin de obtener mayor seguridad jurídica estableciendo, como parte del acto jurídico de transferencia de la propiedad inmobiliaria a la inscripción constitutiva.

- Método Hipotético-deductivo.

Este método se caracteriza por nacer de una hipótesis, misma que es inferida a partir de principios o leyes o sugerida por datos de naturaleza empírica a los que se aplican las reglas de la deducción, arribándose así a predicciones que deben ser verificadas empíricamente en cuanto a su correspondencia con los hechos, a fin de comprobar la veracidad o no de la hipótesis. (Rodríguez, A. y Pérez, A. 2017).

En la presente investigación la hipótesis se centró en el planteamiento de la inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa, en la transmisión de la propiedad inmueble en el Perú, la misma que buscó, por medio de esta propuesta a si efectivamente la transmisión de la propiedad perfeccionada por la inscripción constitutiva permite obtener mayor seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

- Método Analítico-sintético.

Este método requiere de dos procesos intelectuales de carácter inverso, pero no ajenos o separados tales como son el análisis y la síntesis. El análisis es “un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes” (Rodríguez, A. y Pérez, A., 2017, p. 8). Por otra parte, la síntesis es aquella actividad intelectual de carácter inverso, que “establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita

descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad” (Rodríguez, A. y Pérez, A. 2017, p. 9). Ambos funcionan como una unidad dialéctica, en la que por análisis producido mediante la síntesis de propiedades y características de cada uno de los elementos del todo, y la síntesis que se obtiene en base al resultado de ese análisis.

Esto nos permitió analizar los diversos elementos que forman parte del negocio traslativo de bienes inmuebles y el sistema registral, para lo cual se separa este fenómeno en un primer momento lo que es la propiedad, analizando sus fundamentos doctrinarios y normativos en la legislación peruana, y luego se desarrolla lo vinculado a la transferencia de los bienes inmuebles, a nivel del derecho nacional e internacional; posteriormente se analizó el fenómeno de los sistemas de registros públicos ligados a la transferencia de la propiedad, centrándose en el fenómeno de la inscripción con carácter constitutivo, frente a la inscripción declarativa a fin de, por medio de la síntesis de la información y rasgos característicos de cada sistema de transferencia y su relación con los sistemas registrales respectivos, y se determinó la factibilidad de su aplicación en Perú.

- Método histórico-lógico.

Este método refiere a la función del método histórico con el método lógico; siendo por lo primero que se refiere al estudio del fenómeno en su trayectoria real a lo largo de su existencia, considerando a los condicionantes sociales, económicos y políticos en los diferentes periodos; por otro lado, lo lógico es el que se encarga de interpretar lo histórico y de inferir sus conclusiones, por eso es que Rodríguez, A. y Pérez, A. (2017), denominan “unidad dialéctica histórico-lógico” (p. 13) a la unión de ambos métodos y en uno solo resaltando que “lo lógico para descubrir la esencia del objeto requiere los datos que le proporciona lo histórico” (Rodríguez, A. y Pérez, A., 2017, p. 13), por lo que se entiende que este método consiste en la concreción de un resumen de ideas lógicas e históricas, liberado de la forma histórica.

En la investigación este método se empleó para la posibilidad de percibir la interpretación lógica que de las regulaciones o formas jurídicas de transferencia de la propiedad inmueble se han sucedido en el tiempo y espacio; comenzando por el derecho peruano y el derecho clásico, romano-germánico y su correspondencia de la institución de la actualidad con las figuras normativas o jurídicas que han aparecido en el tiempo, al margen de la forma histórica en que se manifestaron o de la finalidad con la que se dieron.

1.10.2. Técnicas.

Las técnicas empleadas en la presente investigación son las siguientes.

- Técnica del Análisis Documental.

Son aquellas Técnicas orientadas al análisis de documentos y que se relacionan a la identificación, reconocimiento, acopio y análisis del acervo documentario relacionado con el fenómeno o hecho investigativo. Son aquellos que según MacDonald, K. y Tipton, T. (1993) pueden clasificarse en documentos escritos, tales como documentos oficiales de la administración pública, informes, datos estadísticos oficiales, libros, artículos periodísticos, documentos privados, etc.; y también como documentos visuales tales como las fotografías, pinturas, esculturas, etc.

Esta técnica se empleó para la recopilación y análisis de información bibliográfica de primera mano respecto de las teorías, características, principios y elementos de los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble en diversas partes del mundo para así amoldarla a la propuesta de reforma normativa para la adopción de la inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción facultativa en la transferencia de propiedad inmobiliaria en el Perú, el cual se aplicó a un total de veinte sentencias en casación expedidas por las Salas de la Corte Suprema de la República del Perú sobre procesos donde la controversia se centra en discutir la oponibilidad del derecho de propiedad frente a quien ostenta título similar.

- Técnica de la observación.

Es la forma como en un primer momento podemos apreciar el fenómeno a investigar. Es la apreciación, por medio de los sentidos, del hecho que genera en nosotros una interrogante a absolver. Es para Bunge, M. (2007) aquel procedimiento de carácter empírico y elemental de la ciencia cuyo fin es el estudio de uno o varios hechos, objetos o fenómenos de la realidad que tienen el carácter de actual.

Este método fue empleado para la dimensionalidad del fenómeno de inseguridad jurídica entorno al sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú a causa de la aplicación de un sistema de transferencia de la propiedad basado en el solo consenso.

- Técnica del fichaje.

El fichaje como técnica de la investigación científica, surge a causa de la necesidad de poder organizar y guardar la información consultada en diversas fuentes, sea que se trate de revistas científicas, libros de especialidad u otra fuente bibliográfica. Esto se da por el hecho de que, en los trabajos científicos o académicos, es obligatorio el contar con gran cantidad de bibliografía, por lo que la técnica del fichaje se convierte "...en un sistema organizado (ordenado y jerarquizado) que hace posible el registro de la información relevante permitiendo un análisis secuencial de los estudios previos y facilitando la escritura del cuerpo explicativo y argumentativo del marco teórico de las investigaciones" (Loayza-Maturrano, E., 2021, p.68).

En la investigación se necesitó el empleo de fichas bibliográficas a fin de organizar las fuentes bibliográficas consultadas de donde se rescatan aportes teóricos, doctrinarios o argumentativos afines a los objetivos de la investigación sobre establecer a la inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmobiliaria en Perú.

1.10.3. Instrumentos, equipos y materiales.

Hace referencia a los instrumentos equipos y materiales empleados en el desarrollo de la presente investigación.

Entre estos tenemos a los diversos cuerpos normativos tales como la Constitución Política del Estado, el Código Civil, libros de derechos reales, libros de derecho registral, revistas de derecho, tesis, laptop, conexión a internet, fichas bibliográficas, resoluciones judiciales, resaltadores, lapiceros, lápices, hojas de papel, encuadernación.

Siendo el más importante la ficha de registro de datos de sentencias en casación expedidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República.

1.10.4. Métodos de análisis de datos

La información está presentada en tablas y cuadros estadísticos, con sus respectivos gráficos, que resumen los estadígrafos más relevantes y representativos luego de aplicar las encuestas.

En la investigación se emplearon las fórmulas de la estadística descriptiva trabajadas desde los Programas SPSS y Excel.

Frecuencia porcentual

$$h_i = \frac{f_i \cdot 100\%}{N}$$

Dónde:

- h_i = Es el porcentaje a hallar.
- f_i = Es la frecuencia del dato
- n = Es el número de datos.
- 100 = Es un valor constante.

CAPÍTULO II: MARCO CONCEPTUAL

PARTE 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1. Antecedentes de la Investigación.

2.1.1. Antecedentes a nivel mundial.

Sandoval, E. (2023). *La función del registrador de la propiedad en la protección especial del dominio público en el actual registro de la propiedad global*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Universidad de Almería. Almería, España.

En la investigación antes mencionada, concluye que indica que es necesario que, en España, indica que primero debe delimitarse el carácter del inmueble, es decir si es dominio público o privado, a fin de que se satisfaga la inscripción registral en atención a su naturaleza pues se entiende que los bienes públicos son inembargables, imprescriptibles e inalienables; por lo que concluye que “la conflictividad de los principios registrales con los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público. En concreto, la jerarquía entre el principio de inalienabilidad y el principio de fe pública registral”. Por ende indica que los bienes de dominio público, en atención a su naturaleza, pueden ser perfectamente inscribibles en registros públicos, pues estos no merman sus características inherentes a esta naturaleza de bienes.

Además indica que lo trascendente de la inscripción a nivel de registros públicos, pasa que el mismo contiene elementos descriptivos de la finca una vez que se produce la inscripción de su base gráfica en los términos establecidos por la legislación hipotecaria pero de aplicación al registro de la propiedad considerando que:

El Registro de la Propiedad también ofrece a la administración medios adecuados para la protección de sus bienes e intereses. La mayor protección que puede ofrecer el Registro a los bienes públicos es la que deriva de la inscripción registral,

extendiendo todos los efectos protectores del Registro a los mismos. (Sandoval, E. 2023, p.401).

2.1.2. Antecedentes a nivel regional.

Pizarro, R. (2014). *Aspectos procesales en la implementación de un Registro Inmobiliario Electrónico*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile – Chile.

Propone como objetivo general el encontrar una real modernización del sistema registral chileno, valiéndose del uso de las tecnologías a fin de poder equipararlo con sistemas registrales de otras latitudes. En una investigación de tipo propositiva, plantea como hipótesis que la creación de un registro inmobiliario en soporte electrónico apertura a que los actos jurídicos contractuales relacionados con bienes raíces se practiquen en forma electrónica, logrando el ahorro de tiempo, costos y distancias. Luego de diseñar su propuesta de modernización del registro inmobiliario electrónico arribó a la conclusión que es por el uso de las “herramientas tecnológicas en el ámbito Registral por nuestro ordenamiento jurídico nos permite pensar en la posibilidad de realizar una modernización del Conservador de Bienes Raíces, especialmente en el Registro de Propiedad, implementando un nuevo Registro de Carácter electrónico” (p. 214).

Al respecto vale señalar que para establecer la posibilidad de creación de un sistema registral inmobiliario electrónico, permite un profundo análisis de la realidad registral chilena y de la funcionalidad de los registro públicos, considerando que la función notarial es significativamente eficiente a la causa de inscripción de títulos inmobiliarios en el registro de propiedad en un sistema registral con características mixtas, pues, a nivel de Latinoamérica, Chile es de los pocos países que acoge un sistema ajeno al consensualismo francés en forma pura, pues Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno, establece que los registro públicos se orientan en base a la fusión de cuatro sistemas registrales más

representativos a nivel de la familia romanista: Del sistema francés, consideran que la inscripción no prueba ni garantiza el dominio ni tampoco garantiza la legalidad de los actos jurídicos que en él se inscriben; del sistema alemán considera que la inscripción es un requisito necesario para transferir el dominio, aunque, en el caso del derecho chileno, siendo que la transmisión inmobiliaria se da por la unión de la tradición del inmueble -y la entrada en posesión del acreedor con la inscripción respectiva en el registro chileno- lo que se inscribe será la posesión, esto se vincula muy estrechamente con la tradición romanística, donde imperaba la teoría del título traslativo y modo de adquirir el dominio; y, finalmente, del derecho español, se rescata la creación del Registro de Hipotecas y Censos.

Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S. (2013). *¿Declaratividad o Constitutividad de los Registros Públicos y Mercantiles de Nicaragua, de conformidad con la Ley 698?*. Trabajo previo a optar el Título de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León. León - Nicaragua.

Propone como objetivo general “Analizar si la Ley 698 (Ley General de Registros Públicos y Mercantiles de Nicaragua) establece un Sistema Registral de naturaleza declarativa o constitutiva” (Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S., 2013, p.5) En una investigación de tipo descriptiva cuya hipótesis general en la que plantean que la ley 698 define al Registro Público y Mercantil como de naturaleza declarativa por regla general. Luego de realizar el análisis respectivo de la ley 698 “Ley General de Registros Públicos y Mercantiles de Nicaragua, arriban a la conclusión que el registro público nicaragüense es de naturaleza declarativa si se refiere a la materia que regula propiamente dicha, pues el acto o derecho real se constituye fuera del registro y su inscripción otorga publicidad registral, la inscripción otorga publicidad registral además de tener el carácter de facultativa, no vinculante u obligatoria; sin embargo, la Constitutividad de los registros públicos se

manifiesta en la materia mercantil, ya que el derecho nace con el acto jurídico pero se perfecciona con la inscripción en los registros públicos.

Cabe señalar que, respecto de esta investigación, antes que proponer o criticar el carácter declarativo de un sistema registral, pretende dilucidar, por medio del análisis de los principios registrales consagrados en la norma registral, así como de la exégesis y revisión doctrinaria, si es que este tiene determinado carácter, siendo el sistema registral declarativo aquel aplicable a derechos reales en el derecho nicaragüense y el sistema constitutivo para todo lo vinculado al derecho mercantil. Esto no deja de corresponderse con la realidad administrativa peruana. Sin embargo, delimitan los caracteres cardinales de un sistema constitutivo y de uno declarativo: en el primero se considera al acto de la inscripción como requisito *sine qua nom* para dar existencia al derecho; mientras que el segundo no es un mecanismo para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar contradicciones, pues el acto jurídico externo surte pleno efectos jurídicos contra terceros.

2.1.3. Antecedentes a nivel nacional.

Sáenz, L. (2017). *Instauración de un sistema constitutivo en la inscripción ante Registros Públicos sobre las transferencias inmobiliarias en el Perú*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Áncash - Perú.

Propone como objetivo general determinar las ventajas de instaurar un sistema constitutivo en la inscripción ante los registros públicos sobre las transferencias inmobiliarias en el Perú, en una investigación Dogmática – Normativa, con diseño de investigación no experimental e hipótesis general en la que plantea que las ventajas de instaurar un sistema constitutivo en cuanto a la inscripción ante los registros públicos sobre las transferencias inmobiliarias en el Perú son brindar una mayor seguridad jurídica en las contrataciones y adquisiciones de derechos.

Luego de realizar su investigación pertinente y analizar el fenómeno de la inscripción constitutiva para la transmisibilidad de la propiedad inmobiliaria, arribó a las siguientes conclusiones, que el sistema peruano, al ser consensual es inadecuado para la transacción segura para el adquirente, por lo que el derecho peruano debe ir de acorde a la realidad y ayudar a evitar más problemas a los adquirentes de bienes inmuebles, por lo que es necesario propiciar un sistema que brinde protección al propietario de un inmueble, para lo cual un sistema constitutivo para la transferencia inmobiliaria en el Perú genera seguridad jurídica, pues mejora el sistema de publicidad registral.

Respecto a esta investigación, cabe señalar que de los resultados de su investigación se corrobora que la seguridad jurídica se genera a raíz de la inscripción del inmueble en registros públicos, lo que contribuye a dotar al propietario, plenamente, de las facultades de la propiedad y de la oponibilidad del derecho adquirido ante terceros, fines a los cuales debemos aunarnos para obtener la plena certeza de la coincidencia de la realidad extrarregistral y la que consta a nivel de registros públicos.

Sánchez, S. (2016). *¿Qué tan necesario es un sistema constitutivo registral? A propósito del conflicto embargo escrito vs. Propiedad no inscrita, en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque-Perú.

Propone como objetivo general el determinar qué tan necesario es el establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el Registro de Predios para garantizar la seguridad jurídica, en una investigación descriptiva, correlacional y explicativa, e hipótesis general en la que plantea que si nos acogemos a un sistema constitutivo respecto al registro de bienes inmuebles en nuestro país, entonces, es posible garantizar la seguridad jurídica en el comercio común de la propiedad, además de transformar sustantivamente nuestro ordenamiento jurídico.

Luego de realizar su investigación, la autora arriba a la siguientes conclusiones: que analizada la institución de la propiedad, desde su perspectiva constitucional y civil, en su transmisibilidad, se ha demostrado que el sistema consensual a todas luces imperfecto, cuyo mayor yerro encierra la incertidumbre e inseguridad jurídica; que el registro de predios radica en la protección de los derechos de propiedad a través de la oponibilidad generada por la publicidad registral y que esta institución debe otorgar seguridad jurídica sobre los derechos publicitados, se concluye que la publicidad registral y la seguridad en este ámbito son necesarios y elementos magníficos de los que se tiene la obligación de valernos en el registro de predios ideal. Sin embargo, además también concluye que el sistema consensualista de transferencia de la propiedad genera problemas respecto del embargo inscrito y la propiedad no inscrita, donde ambos derechos confluyen sobre el derecho real de propiedad, siendo que se genera este problema a causa de la deficiencia registral, que se traduce en la ausencia de eficacia del registro de predios como causa de perfeccionamiento del derecho de propiedad.

Cabe señalar que respecto de la presente investigación y sus resultados, es necesario el cambio de un sistema declarativo a uno constitutivo, empero, este no puede darse en forma inmediata, sino que debe buscarse paulatinamente el alcance de esa reforma a nivel registral y de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, siendo que el problema pasa por una serie de problemas que advierte, tales como lo son la falta de cultura registral, la onerosidad del sistema constitutivo, y la falta de titulación, principalmente a nivel rural.

Calle, G. (2018). *Relevancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de las transferencias de la propiedad inmueble como garantía de la seguridad jurídica privada en el Perú*. Tesis presentada para optar por el Título de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque-Perú.

Propone como objetivo general el determinar la relevancia e importancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de transferencias de los bienes inmuebles en el Perú; cuya hipótesis general en la que plantea que si existe un rol activo del notario público en los procedimientos de transferencia de propiedad inmueble, entonces garantizará la seguridad jurídica patrimonial en el Perú, a través del establecimiento del sistema constitutivo en la inscripción sobre transferencia de los bienes inmuebles en el Registro de Predios.

Luego de investigar respecto al fondo de su problema y entrevistar a una muestra de veinte personas conformadas por registradores públicos de SUNARP, Notarios y Abogados especialistas en la materia, concluye lo siguiente: que, la función desempeñada por el notario para el establecimiento de un sistema constitutivo en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no es primordial, pues su trabajo se agota en la creación del instrumento público el cual se complementaría con la inscripción registral para sustentar la publicidad del negocio jurídico lícito de carácter traslativo de la propiedad, además que la inestabilidad en la seguridad jurídica patrimonial en el Perú se debe al sistema declarativo de registros públicos en la transferencia de la propiedad; que el notario puede coadyuvar a los fines de un sistema registral constitutivo por medio de la dación de fe del acuerdo de voluntades de los contratantes en una compraventa, pues su intervención otorga el carácter público y brinda seguridad jurídica en la suscripción de la transferencia de bienes inmuebles, y que el establecimiento del sistema registral constitutivo en la transferencia de bienes inmuebles, ayudaría a prevenir los problemas suscitados por un sistema registral declarativo, brindando seguridad jurídica e incentivando la inversión de capital en el tráfico de bienes inmuebles.

Cabe señalar que en este antecedente, se evidencia que para poder permitir al notario asumir un rol preponderante al momento de la transferencia de la propiedad de un bien inmueble, es necesario la modificación del artículo 949 del Código Civil, además de cambiar

la clasificación legislativa de bienes, de modo que dejen de considerarse como muebles e inmuebles por la de bienes registrables y no registrables, para lograr la suficiente seguridad jurídica, es por ello que a tal fin, se implemente el sistema de transferencia en base a la naturaleza registrable o no registrable de los bienes a efectos de que en el tráfico jurídico se les imponga un mismo modo de transferencia en base a la identificabilidad del bien.

PARTE II: EL DERECHO DE PROPIEDAD

2.2. El derecho de Propiedad.

La propiedad puede ser conceptualizada de diversas maneras, ya lo ha dicho Avendaño, J. (2015) “la propiedad puede ser estudiada desde varios puntos de vista: económico, social, sociológico, histórico, político y también jurídico” (p. 282) en un sentido estrictamente gramatical puede referirse a la cualidad de una cosa, tal como por ejemplo lo son las propiedad físicas y/o químicas de la materia, etc.; podemos decir, además, que desde el punto de vista de la filosofía la propiedad es una herramienta, un instrumento o un medio que necesita el ser humano para desarrollarse en su vida de relación bajo valores fundamentales de justicia, libertad, solidaridad, etc.; por otro lado, desde el punto de vista sociológico, la propiedad “es considerada como una necesidad social básica para la vida en sociedad” (Calle, G. 2018, p. 12); también tiene un carácter o concepto económico relevante, pues la propiedad deriva en el modo de maximización de los recursos o del valor -intrínseco y extrínseco- de los bienes, por lo que se infiere que este derecho existe antes que toda muestra de positivismo. (González, N. 2010).

Ahora bien, volviendo al ámbito estrictamente jurídico, la propiedad es un derecho de los seres humanos que les permite ejercer poder sobre los bienes; poderes que se encuentran regulados normativamente. Castán, J. (1950) señala que “en el Derecho Civil lo que interesa al tratar de la propiedad es la forma jurídica de las facultades o poderes del Hombre sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas” (p. 47). Es por esto que vale señalar que la propiedad es indelible del hombre, pues no puede haber propiedad sin propietario, y no puede haber propietario sin sujeto de derecho, que, de acuerdo con la doctrina jurídica universal, es el hombre en su forma individual como en colectividad -personas jurídicas-, pues “lo que parece en este momento el punto esencial del

concepto es la actuación que puede realizar el propietario sobre un Bien Económico” (Carretero, S., 1994, p. 1).

Es por ello que el derecho de propiedad es un fenómeno de carácter universal, no hay lugar en el mundo que, al margen de cuestiones filosóficas o ideológicas, la propiedad no sea un talismán en el desarrollo de una persona a nivel material. Messineo, F. (1971), señalaba que no hay sujeto alguno sin patrimonio “desde el más millonario, de sus riquezas; hasta el mendigo, de sus harapos” (p. 261). La propiedad como fenómeno tiene lugar desde los albores de la humanidad en cuanto a sociedad organizada, y sin duda alguna, se corresponde con el incipiente derecho enraizado al moralismo humano primitivo (en un primer momento histórico).

En su origen la propiedad individual o privada, no fue la primera manifestación de este derecho, sino que se dio en forma colectiva, pues según el proceso evolutivo de la sociedad, manifestada por diversos antropólogos, en un primer momento la tierra habría sido cultivada en común, por lo que, a las familias, parte de una tribu, se les asignaba una porción de tierra para su subsistencia. Esta forma de división de la tierra se extiende hasta los cimientos de la cultura del periodo clásico, donde, posteriormente a la aparición de las primeras civilizaciones, se comienza a privatizar -de un modo incipiente- la tierra, naciendo así la propiedad privada.

Es por ello que se arriba al iusnaturalismo, siendo así que De la Mata y Garzón (2014), señalan que el ser humano se ha vinculado con los objetos de modo tal que se genera un vínculo al margen de lo fáctico, contemplando así el derecho de propiedad, antes que como una institución legal, como un ente natural e inherente al ser humano, quienes mantienen latente el deseo por la seguridad que genera la adquisición de bienes (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009). Pues como señala Carretero, S. (1994), citando a Barnes J. (1988), “se contempla la valoración jurídica del fenómeno de goce o utilización de las cosas;

o sea de una actividad concreta que arrancando de una base subyacente económica, se traduce en una relación jurídica que permite al propietario el poder decidir el destino económico del bien” (p. 546). Es por eso que se puede decir que la propiedad no es una determinación de una cosa material, ni tampoco estrictamente, se trata de algo enraizado a un objeto físico, sino que es una posición de carácter jurídico, que brota del hombre y que puede referirse a cualquier objeto o bien del mundo sensible.

Es así como, siguiendo a De la Mata y Garzón, Lasarte, C. (1991), recalca la idea de que el derecho de propiedad deriva del derecho natural cual hecho anterior a la ley, la cual solo se dedica a su reconocimiento. Puig, F. (1976). Indica que el antecedente más importante en el reconocimiento de la propiedad en el derecho iberoamericano nace de “Las Siete Partidas”¹, en donde no se hablaba de la propiedad como tal, sino de dominio, conceptualizándosele como aquel poder que tiene el hombre sobre las cosas para hacer lo que quisiese, según Dios, el Derecho Natural o algún fuero reconocido por el derecho positivo.

El derecho romano, como antecedente universal del derecho occidental y europeo, establece una concepción de carácter individualista respecto de la propiedad, donde revitaliza o refuerza las atribuciones del propietario así como sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado. Esto resulta un gran contraste con la cosmovisión de la propiedad en la prehistoria o al momento de la comunidad primitiva: con la propiedad colectiva. Durante la edad media, se inicia un proceso desmembrador de la concepción unitaria de la propiedad, Carretero, S. (1994) al respecto, señala citando a Sustaeta, A. (1978) indica que esto era “algo que ya se podía observar germinalmente en la jurisprudencia

¹ Obra literaria de Alfonso X, “el sabio”, rey de Castilla. *Las Siete Partidas*. Ed: Lex Nova, Madrid, España (1989), actualización de la obra de 1491, del glosador Alonso Díaz de Montalvo.

romana, y que viene dado por el desdoblamiento de facultades entre el titular del dominio y el que era efectivo poseedor” (p. 9).

En la edad moderna, la conceptualización de la propiedad despoja de sí el carácter individualista del derecho romano, mismo que fue adoptado por el derecho medieval, y asume una posición más democrática respecto del concepto de propiedad. Se retoma una fundamentación iusnaturalista de la propiedad tal como se puede apreciar de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 el cual señala en su artículo 17 que “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública legalmente contrastada lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa”².

Tras este acontecimiento importante causado por la rebelión antisistema en Francia conocida como “revolución francesa”, hecho por el que se apertura la edad contemporánea, se permite observar que, posteriormente, al comenzar el siglo XIX, el individualismo enlazado a la propiedad desde el periodo romano clásico empieza su innegable deterioro pero con claros hálitos reacios al cambio de una conceptualización de la propiedad individualizada a una con tintes iusnaturalistas traída consigo a causa de la ilustración, pues no solo se da este hecho en Francia, sino también procesos revolucionarios le sucedieron en otras partes de Europa y del mundo, que propugnaron esta idea de cambio de los valores morales y sociales que recaen lógicamente también en la propiedad. De modo tal que los códigos decimonónicos se convierten en la síntesis de posiciones dispares, manteniendo en ellos una serie de influencias pues “se conserva la base individualista que procede del Derecho Romano y de los romanistas con una concepción iusnaturalista, que considera a este derecho junto con el de libertad, el máximo desarrollo de la persona en orden a su existencia” (Carretero, S., 1994, p.10).

² Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, París, Francia, 1789. Artículo 17.

2.2.1. Definición del derecho de propiedad.

La definición del derecho de propiedad dentro de la doctrina jurídica no genera mayor controversia pues gracias a las raíces romanísticas de este derecho, ha sido posible conceptualizarla de forma tal que sus características o rasgos distintivos, son comunes y/o confluyen para casi todos los doctrinarios que han versado respecto de esta institución jurídica.

Sin embargo, la dificultad más notoria se presenta como consecuencia de la controversia de los glosadores respecto del vocablo más exacto para denotar las facultades que engloba la propiedad en sí misma: esto es, su *nomen iuris*, pues “la doctrina la llama *dominio*; la contemporánea; *propiedad*” (Varsi, E., 2019, p.137).

Mayoritariamente la doctrina contemporánea ha concebido al vocablo *propiedad* como el que denota la idea más clara respecto de las facultades inmersas en esta, por lo que el derecho de propiedad es denominado así en la mayoría de Estados cuyo derecho se encuentra en la familia del derecho continental y aún inclusive, a nivel del common law: tales son los casos de Alemania, donde se denomina a este derecho como “sachenrecht” o “eigentum”; Francia, donde el derecho se llama “propriété”; Portugal, donde llaman a este derecho como “propriedade”; Italia, cuyo vocablo es “proprietà”; y, finalmente, en el Common Law, llamada “ownership” o “property”.

Empero, la doctrina no se pone de acuerdo respecto de si dominio y propiedad son sinónimos, según piensa la postura mayoritaria respecto de estos términos en el derecho justinianeo, sin embargo, tampoco existe concilio en la posibilidad de diversidad de significados de ambos vocablos, es decir, en supuesto de que no sean sinónimos, naciendo el debate sobre cuál es el género y a cuál le corresponde asumir el grado o nivel de especie.

Por ello, para González, N. (2012) así como para Maish, L. (1984), comentando ambos el libro de Derechos reales en el Código Civil peruano, consideran que la propiedad

es el género, mientras que el dominio es la especie, tal y como Molinario, (1965) señala cuando expresa que entre ambas palabras hay una relación de *genus* y *spes*. De todas formas ese debate, casi fútil a efectos prácticos, ha sido zanjado de modo tal que normativamente, en las legislaciones del mundo, la institución ha sido sancionada bajo el *nomen iuris de propiedad*.

La controversia se mantiene debido a que la doctrina clásica, propone que “el dominio es el poder, la propiedad la relación de pertenencia de la cosa” (Varsi, E., 2019, p. 137). Lo que motivó a que Ramírez, (2003) señalase al dominio como un concepto con valor técnico jurídico, mientras que el concepto de propiedad es económico jurídico, diferenciados por ser el dominio de carácter subjetivo, vinculado a la titularidad de la cosa, mientras que la propiedad se relaciona con la funcionalidad del derecho respecto del bien o, mejor dicho, con el ejercicio en forma directa y objetiva de la cosa denotando así la tenencia de esta dentro de la esfera de poder del sujeto.

La concepción del derecho de propiedad como general, y el dominio como un derecho subjetivo parte de la propiedad, no hace sino darle al primero un carácter universalizado y un sentido más amplio, mientras que se circunscribe al dominio en forma estricta a la propiedad patrimonial, entendiéndola como Varsi, E. (2019), citando a Mariani de Vidal, (2009), de manera tal que “el derecho de propiedad sobre las cosas, que brinda la mayor cantidad de facultades que un derecho puede otorgar sobre las mismas, concretadas en los tres *ius* del derecho romano: *utendi* (derecho de uso), *fruendi* (derecho de goce) y *abutendi* (derecho de disposición)” (p. 139).

Ahora bien, delimitado que en el derecho, la propiedad es mucho más amplia que el dominio, aquella asume el rol de institución jurídica y, como tal, ha de ser objeto de definición por parte de la doctrina jurídica, de modo que puedan recogerse las comunes características y atributos que comprende este derecho. Así se halla la definición dada por

ejemplo, por Wolff, M. (1970), para quien el derecho de propiedad es un poder que tiene carácter unitario y que es el más grande atributo señorial que podría tenerse respecto de una cosa, adhiriéndose así a la postura doctrinaria que percibe al derecho de propiedad como un elemento más amplio que el dominio.

Es así que se incoa el divorcio en la sinonimia relativa entre dominio y propiedad, de modo tal que el primero queda desterrado a un segundo plano, y se convierte en el poder jurídico más relevante sobre los bienes, asumiendo el carácter de absoluto para algunos, aunque no siendo menos lógico, el decir que no hay nada absoluto, empero la propiedad, en cuanto a derechos patrimoniales, puede acercarse muchísimo a ese grado cualitativo de efectividad y oponibilidad.

Esto puede resaltarse de lo expresado por Albaladejo, M. (1989) cuando le da tal consideración al derecho de propiedad que sostiene es el “máximo poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud queda sometida directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo” (citado por Fernández, G., 2019, p. 28)

Es así como Gonzáles, N. (2012), dice respecto de la propiedad que:

(...) es el derecho real por antonomasia que tiene por objeto los bienes de contenido económico y de proyección social, y que confiere al titular los poderes materiales de usar, gozar, los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes. (p. 332).

Por otro lado Gama, G. (2001), citado por Varsi, E. (2019), señala que propiedad “es la situación jurídica subjetiva compuesta por una serie de poderes, facultades, cargas y deberes y obligaciones que componen una relación jurídica compleja, caracterizada por la perpetuidad y exclusividad” (p. 72).

Pero no todo puede ser claro en el derecho, y es precisamente la propiedad la que se presta a complejidades especiales. La propiedad tiene límites, que deben ser considerados al

momento de su definición y es Morales, R. (2012) sin mencionar a estas pero considerándolas, dice que la compleja definición de propiedad “se refiere a la descripción de conductas permitidas al propietario, las que no puede realizar y las que debe realizar” (p.93), por lo que conviene también indicar lo señalado por Escobar, F. (2002) quien afirma que:

El derecho de propiedad tiene un contenido extenso que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de usar, disfrutar y modificar la cosa (p.117).

La propiedad adquiere no solo un carácter exclusivamente patrimonial, trasciende a este plano físico, tangible o material, y reconoce en sí misma, un contenido iusfundamental estrechamente ligada a la idea sembrada por el derecho natural en la doctrina, es así como Ramírez, E. (2007), dice que la propiedad “es inviolable y sagrada, se presenta como “derecho fundamental”, idea que se encuentra muy arraigada en la mentalidad jurídica que tienen aún enorme importancia” (pp. 55-56).

Para delimitar el derecho de propiedad frente a otros derechos reales, es necesario que se desarrollen las características de este derecho.

2.2.2. Características del derecho de propiedad

El derecho de propiedad tiene determinadas características, las cuáles sin duda la distinguen de otros derechos de carácter obligacional o de otros derechos reales, pues es en ella en la que se concentra la plenitud de poderes jurídicos en el ejercicio de su relación con las cosas u objetos.

2.2.2.1. Es un derecho real.

Cuando se dice que la propiedad es el derecho real por antonomasia, hacemos referencia a que el carácter primigenio de este derecho es real, pues como se sabe, dentro de la teoría del patrimonio y de los derechos patrimoniales, se tiene una subclasificación de la que se extraen los derechos personales (referente a los derechos de crédito), los derechos sucesorios, y los derechos reales.

El derecho de propiedad se rige bajo el aforismo latino *ius in re propria* que no significa otra cosa que “derecho sobre cosa propia”, por lo que se le considera como el principal derecho real de entre esta clase de derechos. Es, como dice la doctrina el derecho real por excelencia.

González, G. (2005), señala que este derecho “es un ámbito de poder que se ejerce en forma directa sobre un bien (inherencia), generando la pertenencia. Así, en contraposición a los derechos personales, está la propiedad como derecho real, que genera una relación de poder y pertenencia sobre el bien” (p. 294).

Es por ello que Varsi, E. (2019b), nos dice que “es el más completo y amplio de todos, *plena in re potesta*, el señoría total sobre la cosa que se vincula con la plenitud de la propiedad o principio de la universalidad del que nos habla Valencia Zea (2012, p. 152)”.

Es que la propiedad es un derecho real plenamente tipificado en la ley en atención al principio de los derechos reales llamado como *numerus clausus*, y es el que otorga el mayor poder sobre la cosa pese a que cronológicamente naciera el derecho de posesión antes que este derecho -de propiedad- pero es precisamente, la plenitud de poderes sobre el *manus* o la *res*, la que pone en el más elevado peldaño de oponibilidad y de relevancia al derecho de propiedad.

2.2.2.2. Es un derecho exclusivo.

El derecho de propiedad no solo es exclusivo sino también excluyente pues como dice Mariani, M. (2009), no es posible que dos personas tengan del todo el dominio de un objeto, pues como señala Varsi, E. (2019), “esta característica se da en razón de que un bien solo puede pertenecer exclusiva y simultáneamente a una sola persona” (p. 139).

Podría pensarse que esta característica de la propiedad se vería comprometida a causa de la existencia del derecho de copropiedad o la comunidad de bienes, en cuyos casos le correspondería a cada copropietario una fracción alícuota e ideal, pues no hay forma de identificar materialmente su derecho sobre el objeto, pues no lo tiene a plenitud. Sin embargo vale señalar que a diferencia de la propiedad, que es un derecho absoluto, la copropiedad no lo es, pues recae únicamente sobre una fracción del bien, mismo que, para ser determinado, requiere de un proceso denominado como partición, por el cual se extingue el derecho de copropiedad por un derecho de propiedad.

Es por ello que la propiedad es solo del propietario salvo en casos de copropiedad conforme indican Chaves, C. y Rosenvald, N. (2009), por la existencia de un estado de indivisión del bien, detentando cada propietario una fracción ideal del todo. Esta aparente contradicción no es en sí misma una antítesis a la exclusividad del derecho de propiedad, pues Peñailillo, D. (2014), afirma que:

La comunidad indivisa no constituye la excepción a esta característica; en ella varias personas son sujetas del mismo y único derecho de propiedad; el conjunto tiene privativamente a los demás, el derecho de propiedad de la cosa en su totalidad y, entre ellas, la parte que pertenece a cada uno proindiviso. (p.129).

Fernández, G. (2019), indica que este derecho posee esta característica como una “consecuencia del “ser” de la propiedad, las ventajas de un bien son reservadas a una sola persona” (p.30), Es cierto que, desde una visión subjetivista de la teoría patrimonialista, el

derecho de propiedad es una extensión del ser, pero deja de tener tal valor, al enfrentarse a la teoría objetivista, donde el patrimonio en sí mismo puede existir sin titular.

2.2.2.3. Es un derecho Absoluto.

Vale aclarar que, como anteriormente se señaló, no hay un derecho absoluto, pero dicha expresión, puede denotar la idea de plenitud en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad con los únicos límites que le impongan la ley.

Álvarez, J. (1986), respecto a esta característica señala que “la propiedad comprende todas las facultades jurídicas posibles (absoluto), y por ello tiene la vocación de asumir todas las facultades que lo constriñen” (p. 39), es decir, liga a este carácter con la posibilidad de ejercicio pleno de las atribuciones propias del derecho de propiedad.

Es por ello que la doctrina jurídica no se muestra unánime en denominarla de esta manera, y prefieren términos distintos tales como ilimitada, soberana, plena o indeterminada, pues de estas se desprende más o menos lo que quiere dar a entender el vocablo “absoluto”.

Como dice Varsi, E. (2019), esta característica no debe ser tomada en su sentido literal, sino que debe desprenderse de ella una serie de facultades tales como son el señorío pleno sobre el bien, entendiendo que como Mustos, N. (2000) indica “la propiedad otorga al titular el mayor número posible de facultades” (p. 388). Pues como indica Avendaño, J. (2015), todos los derechos reales que existentes al margen de la propiedad, no son sino parte del derecho de propiedad y cada uno confiere un atributo de este derecho general. Sin embargo, hoy en día, el propietario no ejerce con discrecionalidad plena su derecho de propiedad, pues prima el interés social como parte de la función social que tiene la propiedad.

Otro de los poderes plenos que confiere el derecho de propiedad como parte de su carácter absoluto, es la oponibilidad hacia los terceros, es decir su carácter *erga omnes*, y el

correlativo *ius perseguendi*. Esta facultad de oponibilidad “contiene un aspecto personal, de relación del sujeto con el objeto, lo cual permite ejercer el *ius prohibendi*, limitando que terceros ejerzan sobre la cosa actos no deseados por el titular” (Varsi, E., 2019, p. 142).

Pero debemos señalar nuevamente los límites para el ejercicio de esa facultad de oponibilidad los cuáles serán el interés social y el abuso del derecho.

2.2.2.5. Es un derecho inviolable.

Esta facultad denota que se proscribe su quebrantamiento, vulneración o lesión por parte de cualquier sujeto ajeno al propietario en lo referido a las facultades de uso, goce y disposición (García, V., 1998, p. 133).

Dicho de otra manera un poco más coloquial, en palabras de Varsi E. (2019), “dicha inviolabilidad significa que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla, pues de hacerlo se configuraría una anulación o alteración del derecho de propiedad” (p. 143).

2.2.2.6. Posee interés social.

Esta función sirve, según señala Borda, G. (2008), para la legitimación y dignificación del derecho de propiedad, buscando por medio de esta conciliar los derechos del dueño con los intereses de la sociedad. Además, tiene como antecedentes normativos el reconocimiento de este principio por la Constitución de Weimar (1919) así como por la encíclica papal de Pablo VI de 1967, llamada *Populorum progressio*.

2.2.2.7. Perpetuidad.

Esto se corrobora con el latinismo romano *Semel dominus, Semper dominus* misma que quiere decir una vez dueño, siempre dueño.

Respecto de la perpetuidad, aunque pareciera imposible la infinitud de alguna institución en la vida material, es importante destacar que este carácter implica la posibilidad de propiedad de un bien mientras exista este, pues es posible de ser aprehensible por algún

sujeto de derecho quien a su vez se convierta en propietario suyo, quien pueda mantener en su círculo de dominio o poder al bien, de modo que mientras esta persona exista actúe como titular y que, cuando muera, la propiedad del bien sea transmisible por acto mortis causa de vocación hereditaria a sus sucesores.

González, G. (2005), dice que esta característica se pues “la propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide la hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales. Por eso se habla de que la propiedad es tendencialmente perpetua” (p. 517).

Esto se da por cuanto, la propiedad como derecho real por antonomasia, es impercedera, es eterna, en cuanto dure el bien objeto de esta, claro está pues como Rojina, R. (2012) expresa, “el dominio perfecto no reconoce limitación en el tiempo” (p. 263). Pues la perpetuidad se caracteriza por dos condiciones según Gatti, E. (1996), son la ilimitación en el tiempo; así como la inextinguibilidad por el no uso del bien.

2.2.3.8. Abstracción.

Por esta característica, se refiere a que el poder del titular es “independiente de las facultades que integran su contenido, puede extraerse una facultad sin que la propiedad se desnaturalice” (Peñailillo, D., 2014, p. 133).

2.2.3.9. Elasticidad.

Implica la posibilidad de expandir el derecho de propiedad, y es que “la propiedad tiene el poder de contraerse y expandirse al concurrir con otros derechos reales de inferior jerarquía” (Peñailillo, D., 2014, pp. 133-134).

Y es que la propiedad es factible de crecer como menguar, expandirse o reducirse, capaz de volver a su estado original.

2.2.3. El derecho de propiedad en Roma.

Como toda institución jurídica, la propiedad también tiene antecedentes en el derecho romano, los cuales se dan en cada uno de los periodos históricos que comprenden a este.

En el derecho antejustiniano, por ejemplo, etapa arcaica del derecho romano, se decía que “todos los derechos sobre las cosas conducían necesariamente a la propiedad: pues no se concebía una figura distinta”. (González, G. 2013, p. 113). Es así como nace la propiedad sin ser propiedad, pues el *nomen iuris* de propiedad no estaba siquiera acuñado, ni etimológicamente se había formado, Es por ello que Gatti, E. (1996) señala que los romanos, para referirse a la *facultas* con las que se dirigían los romanos a los objetos o cosas, empleaban el latinismo *res mea est*, que quiere decir “la cosa es mía”, pero esta frase no era excluyente, sino que también empleaban la frase *meum esse ex iure Quiritium* (Varsi, E., 2019).

Pero estos términos no avasallaron la conceptualización de propiedad en el antiguo derecho romano, sino que surgieron, a la par, otras denominaciones que arriban a la etimología de propiedad que hoy en día todos recibimos, estos términos son tales como: i. *mancipium*, la cual es considerada como la expresión más antigua empleada en el derecho romano y que nace de la contracción de dos palabras independientes tales como son “*manus*” y “*capere*”, que hace referencia a que propiedad es “lo adquirido mediante la aprehensión por la fuerza” (Varsi, E., 2019, p. 133); ii. *Dominium*, la cual hace referencia a un poder que una persona tiene sobre su casa pues se compone de dos voces latinas que son “*domus*” que significa casa, y del sufijo “*io*” que da la idea de relación, este término explica y da la idea de dominio, por lo que además, vale decir que nace o surge en la época de la jurisprudencia clásica romana, y que lógicamente tiene una construcción gramatical mucho más tecnificada

pues permite considerar a la propiedad como un señorío soberano o una potestad sobre las cosas.

De la conceptualización de la jurisprudencia clásica romana, es que se admite a *dominium* como el más importante de las raíces latinas que denoten propiedad. Por ello Betti, (1947) define a este vocablo como “el máximo derecho real o como la relación jurídica de pertenencia que confiere a la persona sobre la cosa, el señorío de contenido pleno y de carácter independiente por excelencia” (p. 371).

Sin embargo, después de estas expresiones, surge el término *proprietas*, este latinismo nace del vocablo *proprium* que implica la correspondencia de algo para con una persona, y que a su vez tiene origen en *prope*, que denota cercanía o proximidad para con el objeto. Este término es consecuencia de la inserción de la cultura helénica al derecho romano, por lo que corresponde al periodo heleno-romano de Roma. Posteriormente con Justiniano y su *codex iustinianus*, emplean a los términos *dominium* y *proprietas* como sinónimos; etapa donde además, se acuñaron los diversos tipos de propiedad que se desarrollaron en el derecho romano justiniano.

Estas formas de propiedad romana eran: i. *Quiritaria*, la que se consideraba a los ciudadanos romanos, la cual tenía plena validez pero que podía ser adquirida, bajo estrictos requisitos; ii. *Bonitaria o pretoriana*, pues se le reconocía por medio del *ius bonitarium*, a la par que su protección procesal estaba a cargo del pretor romano; iii. *Provincial*, era aquella propiedad predial o parcelaria que le pertenecía Roma, pero que le otorgaba a los pueblos que conquistaba para el empleo de la misma en la agricultura y ganadería a cambio de un impuesto anual; y finalmente, iv. La *peregrina*, que era la propiedad que Roma reconocía a los extranjeros y que se regulaba por el derecho de gentes propio del *codex iustinianus*.

Al respecto, debemos trasladar la institución romana a todos los confines del mundo conquistado por ellos e inclusive a pueblos que no lo fueron como los germanos, pues ellos,

manténían una propiedad basada en las gens o tribus que consideraban a la propiedad en colectividad (no admitían la postura individualista del derecho romano), al menos no en un primer momento histórico, pues, posteriormente al periodo clásico, los reinos germanos, constituidos bajo la influencia del derecho romano posterior a la caída de occidente, abrazaron el sistema de propiedad individual pero a favor de sus monarquías, mismas que iban seccionaban conforme asumían nuevos reyes, pues “en el derecho germánico no se distinguió entre bienes del monarca y bienes del Estado, pues no disponían de los elementos básicos para alcanzar el grado de abstracción que les permitiera concebir algún tipo de organización o entidad institucional como es el Estado y, más concretamente, el patrimonio de la Corona” (Cordero, E. y Adunate, E., 2008, p. 366).

Los postulados del derecho romano respecto de la propiedad han sido acogidos por todos los miembros de la familia jurídica del derecho romano-germánico, también llamada derecho continental, y aún, inclusive, ha inspirado elementos propios de la otra gran familia del derecho, como lo es el derecho anglosajón o el common law.

2.2.4. La propiedad en el derecho peruano.

En el derecho peruano, la propiedad ha sido legislada a nivel normativo comenzando por el texto constitucional vigente. La Constitución Política del Estado, del año 1993, regula a la propiedad en un primer momento, como derecho fundamental de la persona en el artículo 2 inciso 16, pues al ser humano le es inherente y perfectamente permisible la facultad de:

(...) disponer de los propios intereses en el ámbito de las relaciones sociales y económicas representa un elemento esencial de la libertad y constituye hoy un valor irrenunciable de nuestra civilización, es por ello que desde el primer constitucionalismo se ha reconocido a la propiedad como un derecho fundamental de la persona. (Arruñada, B., 2004, p.40).

Es así como posteriormente en el Capítulo III en el que, dentro del régimen económico del Estado peruano, se regula a la propiedad, el artículo 70 expresa:

Artículo 70°. Propiedad y Expropiación.

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 si no, 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. (Constitución Política del Perú, 1993).

De la definición que nos da este artículo puede entenderse que la propiedad está plenamente garantizada por el Estado peruano, siempre y cuando la misma se ejerza dentro de los límites que le corresponden en virtud del bienestar social. Empero, queda claro de la literalidad del texto constitucional, que mientras se desarrolla una característica esencial de la propiedad en lo referido a la inviolabilidad del derecho de propiedad, a su vez se denotan límites impuestos a la misma tal como lo es el “bien común”, entendiendo que la propiedad, como presupuesto material del hombre constituye una expresión del derecho de libertad y, lógicamente la más importante libertad económica. El bien común como límite, permite evidenciar que no es absoluto el derecho de propiedad, al margen de la posibilidad de ejercitar sus atributos o facultades en forma prolija, pues nos demuestra que este derecho no “goza de una inmunidad frente a las necesidades públicas; sino que reconoce en su ejercicio constitucionalmente previsto, una vocación de armonía con el bien común, expresión del humanismo cristiano que afirma la existencia de un deber moral de utilizar los bienes en forma tal que se deriven beneficios para la colectividad” (Sánchez, S., 2016, p. 20).

El bien común se corresponde con la función social que tiene la propiedad y bajo la cual debe ejercerse este derecho entendiéndolo como límite, Pérez G. (2020), señala que, el tribunal constitucional en sendas jurisprudencias ha delimitado el contenido normativo de dicha expresión. Es así como cita aquel, en el Caso de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el testamento de Riva Agüero, el colegiado señaló:

15. (...) Aunque la Constitución asegura la invulnerabilidad de la propiedad privada y apunta que debería ser realizada en paz con el bien común y dentro del término legal, no hace más que contar con esa servicio social que el mismo derecho de propiedad entiende, completa y agrega, en su contenido fundamental.

16. Esta función social expresa la doble magnitud del derecho de propiedad y resuelve que igualmente el convenio del Estado de asegurar la propiedad privada y los actos legítimos que de ella nacen, semejantes como las atribuciones heredables, pueda mandar también un grupo de asignaciones y deber relativo a su función y cuidado de los beneficios públicos de la Nación. De allí, que el bien común y el interés general sean los principales componentes de la función social de la propiedad y de la herencia. (Tribunal Constitucional, Sentencia del 17 de marzo, Expediente N° 03347-2009-PA/TC).

Y es que dicho derecho debe ejercerse bajo tal lindero pues “es el cimiento de la propiedad; el derecho se ejecuta bajo la obligación de acordar con él; la propiedad tiende a alcanzar ese término, y no solo el interés particular y codicioso” (Pérez, G., 2020, p. 26).

La regulación constitucional de este derecho debe comprender, bajo una interpretación sistemática de los dispositivos constitucionales, así como instrumentos internacionales, que este constituye una expresión más del derecho de libertad, mismo que se ha consagrado en nuestra legislación constitucional, pues, como Cuadros, C. (1999), indica debe respetarse a la propiedad, entendiéndose que su exclusividad y tanto la tutela

como las garantías que el Estado peruano le dotan se entienden como una consecuencia directa de lo que es: “como libertad que tiene el individuo para poder disponer de los bienes de su propiedad, sin limitación alguna, y en la garantía de que ni el Estado ni los particulares, podrán tomar bienes de propiedad del individuo son una razón debidamente justificada” (p. 221).

Sin embargo, la regulación constitucional no es la única que alcanza a este derecho, sino que esta, en cuanto a las disposiciones específicas del derecho de propiedad, son competencia del derecho privado, mismo que halla su regulación en el Código Civil.

Como se sabe, el Derecho nacional tiene como antecedente al código civil de 1852, como primer código nacional de naturaleza civil, el artículo 460° decía que “la propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas”, siendo evidente un matiz de confusión en cuanto a cómo denominar a este derecho, algo típico de un conflicto doctrinario presente en los albores de la codificación nacional, durante el debate eterno entre la doctrina clásica y la contemporánea que, por aquellos años, estaba floreciendo en la dogmática jurídica.

Posteriormente, en 1936, con la entrada en vigencia de un nuevo código civil, se varió por completo la definición que de este derecho daba la legislación nacional, pues el artículo 850 establecía que “el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley” (Código Civil peruano 1936), abrazando así la idea de la teoría clásica de los derechos patrimoniales, misma que propugna que solo existirá el derecho real cuando el objeto se encuentre sometido totalmente al poder de un sujeto, es decir de una persona, lo que generará oponibilidad frente a otros sujetos. (Planiol, M., 1901).

Sin embargo de esta incipiente codificación, puede resaltarse que el código de 1852 refiere como facultades de la propiedad a los términos gozar y disponer, mientras que en el código de 1936, se refiere a poseer. (Varsi, E., 2019).

Ahora bien, surge la interrogante respecto de qué es lo que regula el Código Civil peruano de 1984, mismo que se encuentra vigente al momento de la realización de la presente investigación. Este código regula en su artículo 923° 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”³. Aquí se da relevancia a cuatro facultades o atribuciones que tiene el propietario, mismas que a raíz de ser parte de la conceptualización normativa del derecho de propiedad, conviene desarrollar dichas atribuciones.

2.2.4.1. Los atributos del derecho de propiedad conforme a la legislación peruana.

Según se puede apreciar de la exégesis del artículo 923° del Código Civil Peruano, estas son usar, disfrutar disponer y reivindicar un bien.

2.2.4.1.1. Usar.

Es aquel que emplea el ius utendi, el cual implica la utilización del bien.

Como Varsi, E. (2019) señala citando a Gama, G. (2001) “es la facultad de colocar la cosa al servicio del propietario de acuerdo con su destino económico y social, sin modificación de su sustancia” (p.158). El uso implica a su vez el goce y el disfrute del bien pues es relevante el provecho que el propietario puede obtener con el bien.

³ Código Civil, D.L. N° 295, entrado en vigencia el 25/07/1984. Artículo 923°

2.2.4.1.2. Disfrute.

Hace referencia al *ius fruendi*, el cual implica el aprovechamiento de la cosa, a fin de poder beneficiarse de los productos y/o frutos que el bien pueda generar o de la accesión al inmueble.

Esta facultad implica el “goce o explotación económica, el obtener un beneficio de la cosa; el *fructus ut dominis*. Extraer frutos y productos que sobrepasan la percepción de simples frutos naturales” (Varsi, E., 2019, p. 160).

2.2.4.1.3. Disposición.

Este atributo implica el *ius disponendi* y el *ius abutendi*, que puede materializarse en la enajenación, así como el sometimiento del bien a cargas, edificaciones, transformaciones, demoler o abandonar el bien.

Este poder implica la posibilidad de disponer la cosa, así como enajenarla a título oneroso o gratuito, así como le brinda la posibilidad de constituir sobre el bien servidumbres o hipotecas, de darla en usufructo, uso o habitación, incluso el de abandonar el bien o consumirla completamente, facultades que le corresponden al propietario y al derecho de dominio que es el núcleo de este. (Musto, 2000).

2.2.4.1.4. Reivindicación.

Implica el *ius reivindicare* o *vindicandi*, el que permite reclamar y recuperar el bien, solicitar su restitución y obtener esta. “Es el derecho de recuperar el bien, el poder físico sobre la cosa” (Varsi, E., 2019, p. 162).

Este atributo del derecho de propiedad tiene basamento en la tutela restitutoria protegida mediante el derecho de reivindicación, y la acción de reivindicación lo que implica una manifestación del *ius persecuendi*, por el cual se puede desplegar las facultades de oponibilidad *erga omnes*, es decir, contra todos, contra terceros a fin de no ver perturbado el legítimo derecho del propietario del bien.

Para Avendaño, J. (2003), citado por Sánchez, S. (2016) señala que la reivindicación “no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cual recae su derecho” (p. 22).

En resumidas cuentas, el derecho de propiedad regulado en el artículo 923° del Código civil peruano, define a la propiedad desde sus atributos, los cuales dotan al propietario de plenos poderes jurídicos a fin de ejercer abiertamente el derecho fundamental que le corresponde.

PARTE III: SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

2.3. Sistemas clásicos de Transferencia de la propiedad.

Si bien es cierto la propiedad tiene diversas formas de adquisición -señálese a: la accesión, la aprehensión, el hallazgo del tesoro, el descubrimiento, caza, pesca, prescripción adquisitiva, conmixción, mezcla, la sucesión etc.- importa lo que podría denominarse formas convencionales de adquirir la propiedad, cimentadas en actos jurídicos cuya transferencia se da por concurrencia bien de la voluntad de las partes intervinientes.

Es así como doctrinariamente se abre un debate sobre las formas de adquirir la propiedad de un bien, mismos que pretenden hallar explicación en los sistemas de transferencias. Peñailillo, D. (2014), refiere que el origen de esta problemática está en la norma pues como él reza “están establecidos en la ley y, por el carácter institucional de la propiedad, no pueden tenerse como tales sino los que el texto legal menciona” (p. 208). Pero, al margen del estricto formalismo, cuyo origen está en la Ley, la doctrina se ha encargado de desarrollar los postulados base que sirven a cada sistema tradicional, o más clásicos que existen para con la transmisión de bienes inmuebles dentro del sistema continental mismos que han obtenido mayores adeptos.

2.3.1. Sistema realista o francés

Este sistema ha sido denominado sistema consensualista o del efecto real del contrato. Este sistema propone que la transferencia de la propiedad se da únicamente con el título. Como Varsi, E. (2019) indica, “sostiene que el simple contrato implica transferencia de propiedad: *solo consensu obligat* (el solo consentimiento obliga). El *títulus adquirendi* sirve como hecho generador de la transmisión de propiedad, creando obligaciones para la transferencia del bien” (p. 208). Por lo que puede decirse que este en principio es aquel que se funda únicamente en el acto traslativo contractual, materializado en el título que transmite el bien cual causa suficiente y perfecta.

Este sistema omite la presencia del acto material de entrega o tradición del bien, pues resulta irrelevante a los efectos reales intrínsecos al contrato por el que se transfiere la propiedad. Sin embargo, algo que genera este sistema es la omisión de un mecanismo de publicidad de transferencia del bien inmueble o como Pérez, M. (2016) indica, “se renuncia a la publicidad de la transmisión, es decir, a hacer ostensible frente a terceros las modificaciones de los Derechos reales” (p.223). Ahora bien, esto ¿es una ventaja o desventaja a los fines del derecho en el tráfico jurídico de bienes? Pues, depende del enfoque con el que se ausculte el fenómeno traslativo, y su correspondencia con la seguridad jurídica y el tráfico jurídico de bienes. Se puede señalar que, la ventaja pasa por una protección mayor para el adquirente siendo que por el solo consentimiento este se convierte en el auténtico propietario teniendo desde el momento en que expresa la voluntad en el contrato derecho al *ius vindicando* -acción reivindicatoria- a fin de ver satisfecho su derecho.

El origen de este sistema, como puede apreciarse de su denominación está en el Código Napoleónico, para quien la transmisión de la propiedad por el consentimiento no es si no “el final de la evolución de la tradición romana” (Pérez, M., 2016, p.225). Esto es consecuencia de la influencia romanística vulgar, es decir, los retazos del derecho romano y las instituciones que sobrevivieron a la caída del Imperio Romano de Occidente y que se enraizaron en Europa de mano de tribus bárbaras como los visigodos, ostrogodos, burgundos y vándalos que posteriormente dieron paso a reinos como España, Italia y Francia; siendo en este último donde se reemplazó a la *traditio* romana, con el sistema de la *traditio ficta* que no consiste en la entrega física del bien, si no en la entrega del instrumento por el que se transfiere la propiedad, es decir, el documento o *instrumenta*, en la cual, además, se fijaba una cláusula que funcionaba a modo de la *constituto possessorio* romana, llamada como *dessaisine-saissine* en el derecho consuetudinario francés, a modo declaración de voluntad

de despojo de la posesión del bien, mientras que, si continuaba en su poder, la tomaba pero en nombre de otro (adquirente).

Es así como surge el consensualismo espiritualizado: por medio de la supresión de la entrega ficta del bien, por una declaración contractual de desposesión en el contrato de transferencia de propiedad, algo apoyado por la doctrina mayoritaria francesa e inclusive extranjera como son Domat, Puffendorf, Thibaut, entre otros; posturas que solo se vieron amenazadas por la reminiscencia de Pothier al derecho romano clásico, evocando a la figura de la *traditio* romana como modo necesario para transmitir la propiedad. Por ello, en el seno del debate legislativo, se optó en la Francia Napoleónica por la positivización de esta figura en el *code*, el cual en su artículo 1138, establecía que “la obligación de entregar la cosa es perfecta con el solo consentimiento de las partes contratantes; y hace propietario al acreedor desde que la cosa ha debido ser entregada, aunque la tradición no haya sido hecha...” (Pérez, M., 2016, p. 225, nota 82).

Este sistema de transferencia de la propiedad ha sido emulado en países partícipes del sistema continental o romano germánico tales como Italia en su código Civil de 1942, que sirve de fuente de inspiración al código civil peruano de 1984, al código civil venezolano, el boliviano, etc.

2.3.2. Sistema formal, romano, o teoría del título y el modo.

Este derecho obtiene su principal precedente en el derecho romano y halla su fuente de inspiración normativa en el *codex Iustiniano* y en el *Digesto*, por el cual es necesario que, además del título que transfiere el bien, sea necesaria la ejecución de este, dando origen así a la teoría del título y el modo. Este sistema también se le conoce como el de efecto personal del contrato.

Ahora, este sistema con origen romano no es en lo sumo, la primera manifestación de la transferencia de la propiedad, pues en un primer momento en Roma, existían tres

modos de transferencia de la propiedad tales como lo era *la mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio* mismas que se aplicaban a diversos tipos de propiedad en Roma. Las dos primeras formas se aplicaban a los bienes denominados como “*res Mancipi*” y la última de estas formas se aplicaban a la *res nec Mancipi*.

Las *res Mancipi* eran según los glosadores, referenciando al jurista romano Cayo, “los fundos y cosas situados en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rústicas” (Arias-Schreiber, M., 1998, p.307). por otro lado las *res nec Mancipi* eran las sumas dinerarias, animales salvajes, etc.

Fernández, G. (2019), indica que la *mancipatio*, primera forma de transferencia de la propiedad que surge en roma era “un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos” (p. 34), y que funcionaba de modo tal que se pesaba el bien o, mejor dicho, la *res* en una balanza que debían llevar cada uno de los contratantes, colocando en el otro plato un pedazo de cobre o la *specie* con la que se pretende realizar el pago, a la par que se pronunciaban formas sacramentales, concretándose de esa manera la adquisición del bien.

Este acto arcaico y solemne era “un negocio *iure civilis*, por tanto, en principio sólo válido entre ciudadanos romanos, aunque también pudieron tomar parte los *filiifamilias* y los esclavos, pero siempre como adquirentes nunca como enajenantes” (Pérez, M., 2006, p.211).

Al respecto, Ulpiano dejó constancia de que el proceso variaba según la naturaleza de la cosa: “si la cosa era mueble, debía estar presente y si era inmueble se utilizaba algo que la simbolizase” (Pérez, M., 2006, p.211).

Por otro lado la *in iure cessio* era empleada para la transferencia de la *res Mancipi*, y consiste en “un acto formal, pero se celebraba delante del pretor” (Fernández, G., 2019,

p.34), donde se daba un proceso de allanamiento por parte del enajenante ante la declaración de propiedad del bien por parte del adquirente. Gayo decía que:

(...) la *in iure cesio*, pues, se hace de este modo: ante un magistrado del pueblo romano, por ejemplo, el pretor, aquél a quien la cosa es cedida *in iure*, teniendo el objeto dice así: « Afirmo que este esclavo es mío según el derecho de los *Quirite*» (fórmula de la *legis actio sacramento in rem*); después que éste hubiera vindicado, el pretor pregunta al que cede si verifica la *contra vindicatio*; y una vez que éste dice que no, o se calla, entrega la cosa (*addictio*) a aquel que había vindicado;... Ello puede hacerse también en las provincias ante los presidentes de las mismas». (Pérez, M., 2006, p. 213)

Finalmente está la *traditio* la cual se empleaba para enajenar las *res nec mancipi*. Arias-Schreiber, M. (1998), indica que esta supone la entrega del bien en forma física, en cumplimiento del acuerdo entre el enajenante o *tradens* y el adquirente o *accipiens*.

Sin embargo, para que la tradición pueda transmitir el derecho real sobre una cosa, era necesaria la confluencia de la voluntad de las partes para transmitir y otra para adquirir el bien objeto del acto jurídico.

Es así como vale decir que en Roma no era posible que el contrato, por sí solo, transfiera derecho real alguno, siendo mucho más severo esto en el derecho de propiedad, pues “requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa” (Fernández, G., 2019, p. 35). Por ello había una separación entre el derecho real y el derecho obligacional, siendo necesario para este último el acuerdo de voluntades, pero, necesitando para su perfeccionamiento la tradición o la forma correspondiente, pues esta importaba el hecho de la publicidad, a fin de obtener perfecto carácter de oponibilidad a los terceros, es decir, a la comunidad en general.

La adopción del nombre “título y modo” para este sistema, surge de la manifestación de la misma en textos romanos que mencionan a la *iusta causa traditionis* así como a la simple *traditio*.

Este sistema es empleado en múltiples países como es el caso del código civil español de 1889, el código civil de Chile, Ecuador, Uruguay, Brasil, Argentina, Colombia, el Código Civil peruano de 1984 lo recoge solo para bienes muebles en su artículo 947.

2.3.3. Sistema alemán de separación y abstracción del contrato.

Este sistema es denominado también como Sistema Registral, pero su rango de aplicación en estricto pertenece solo a los bienes inmuebles en cuanto a la aplicación de los registros públicos respecta, mas no para los muebles, quienes, siguiendo este sistema de separación del contrato, mantiene la tradición como aspecto perfectivo del contrato. V.gr. Alemania.

Surge en el siglo XIX cuando en Alemania la teoría del título y el modo se hallaba en su apogeo debilitando la tradición romana. Empero, con la promulgación del code napoleónico, esta se vio vulnerada a causa del consensualismo, de modo que se eliminó del sistema de transferencia alemán. Sin embargo, para salvación de la misma, fue trascendental la intervención de Savigny quien “sostuvo que la *traditio* era el negocio en virtud del cual el *tradens* transfería al *accipiens* la propiedad de una cosa” (Escobar, F., 2002, p. 49).

En su afán como jurista Savigni construyó doctrinalmente una nueva teoría, considerando algunos que arribó a esta tras una interpretación errada de las fuentes romanísticas, empero su nueva teoría giraba en torno a que la *iusta causa traditionis* no era el negocio jurídico base o fundamental para la transferencia de la propiedad, sino que lo era el *animus acquirendi et transferendi dominio*, es decir que debía mediar o era necesaria la manifiesta intención recíproca de los contratantes para que uno transmita el dominio del bien y el otro lo adquiriera.

En su aspecto material, el ordenamiento jurídico alemán la inscripción es parte de la transferencia conforme se aprecia del artículo 873 y subsiguientes del BGB, que “fija además los requisitos que han de ser cumplidos para provocar la mutación-jurídica” (Horvath, A., & Pérez, J. 2021, p.259). Dentro de la propuesta de este autor entorno a la *iusta causa* la cual debe ser entendida como aquel requisito fundamental para la concreción de la convención existente entre el *tradens* y el *accipiens* en el derecho romano. Ahora el rol de la *iusta causa* que Savigny le asignó no fue equiparable al contrato, pero implicaba el “el negocio que antecedió a la *traditio*, revelaba la intención de las partes y, por tanto, confirmaba (o desmentía) la existencia del componente espiritual de la *traditio*.” (Escobar, F., 2002, p. 49).

A la postura de Savigny se sumó la de Ihering quien compartió la noción de que la propiedad se transmitía en base a un acto jurídico abstracto, donde, la voluntad de los contratantes no se refiere a la causa de la operación a fin de evitar cualquier peligro para con la inseguridad jurídica que consideraban producía la teoría del título y el modo “peligro que estaba representado fundamentalmente por la posibilidad de que los problemas de invalidez del título afectasen la operación y perjudicasen a los terceros” (Escobar, F., 2002, p. 50)

Este sistema registral se caracteriza por no ser suficiente la celebración del acto jurídico traslativo o el mero acto obligacional, aquel por el cual las partes se comprometen u obligan a transferir un bien a cambio de una contraprestación de carácter económico, sino que es necesario, para el perfeccionamiento de dicho contrato la celebración de un acto más. Y es que en un primer momento, con la celebración del acto jurídico, lo que hacen es obligarse a la transferencia de la propiedad siendo que el contrato se convierte “simplemente en el motivo de la transferencia de la propiedad realizada por medio de un acuerdo real y el traspaso efectivo de la posesión” (Fortunat, J., 2016, p. 234), aplicado a bienes muebles y aun para bienes inmuebles.

En otras palabras, la separación de actos surge con aquel que contiene la voluntad de las partes, por el que se establece el vínculo en virtud del cual se obligan mutuamente a la transferencia de la propiedad y la respectiva contraprestación este acto la posición de un negocio jurídico causal, básico o fundamental. En segundo lugar, se da el “Ausflussung”, acuerdo abstracto por el que expresan su real y efectiva voluntad de transferir y adquirir el bien en propiedad, adquiriendo, para la concreción, *a posteriori*, de la transferencia efectiva de la propiedad; de modo que, siendo esta declaración obligatoria, el enajenante debe cumplir con brindarla, de modo que, si no lo hiciere, puede ser demandado por el futuro adquirente a fin de obtener dicha declaración (Vidal, R. 2012, p.14).

Por eso el sistema alemán funciona en base al principio de separación y abstracción, que precisamente le da origen a su nombre. En un primer momento se materializa el principio de separación, por el que se divide el negocio jurídico obligacional y el negocio jurídico real, los que deben ser siempre separados, significando que “por un lado, el adquirente y el transmitente celebran un contrato que se limita a provocar efectos vinculantes, y por otro, hay transmisión del bien y, en su caso, transmisión del dinero” (Horvath, A., & Pérez, J., 2021, p. 261).

En segundo lugar tenemos al principio de abstracción, que es aquella por la que se da el cambio jurídico real, misma que se encuentra separada de la relación obligacional, y se manifiesta con la concreción del negocio jurídico de carácter real, que deriva en la transmisión del bien, por lo que bien puede concluirse que “los dos negocios son independientes uno del otro tanto en su origen como en su existencia, así que la nulidad del negocio jurídico obligacional no afecta a la eficacia de la mutación jurídico-real” (Horvath, A., & Pérez, J., 2021, p. 261).

Es por ello que La Puente, M. (2002) hablando de la transmisión de bienes muebles en el sistema alemán, refiere que se exige la entrega, previo acuerdo de las partes, a fin de

transmitir la propiedad, mismo que no se encuentra contenido en el contrato de compraventa, sino que se trata de un contrato real especial distinto, cuyo único contenido y objeto es la sola transferencia de la propiedad, siendo este contrato independiente al de compraventa que no asume sino una posición de contrato abstracto.

Para bienes inmuebles, sin embargo, el sistema se torna un poco distinto, pues en esencia, mantiene el acto jurídico por el que se obligan a la transferencia del bien inmueble donde se contiene la declaración de voluntad de transferencia de este pero, posteriormente se efectúa una declaración de desaprehensión del bien inmueble que constituye el pacto traslativo, mismo que se realiza ante el registrador del registro territorial quien extenderá la inscripción registral correspondiente y determina de esa manera la transferencia plena de la propiedad inmueble.

Es por ello que normativamente, no se prevé ni permite, en el sistema germano de la separación del contrato, que el solo consenso, que se plasma en el título base del que deviene la obligación de transmitir un bien mueble o inmueble, asuma la condición de causa suficiente para las traslaciones de la propiedad, sino que, por el contrario, esta se produce por el desdoblamiento del acto jurídico en momentos distintos. Para los bienes muebles, se necesita la tradición física o espiritualizada, mientras que en los bienes inmuebles, se requiere la inscripción de la propiedad en el registro respectivo. (Arias-Schreiber, M., 1998).

2.4. Sistemas contemporáneos de Transferencia de la propiedad

Los sistemas antes mencionados por la doctrina clásica, tienen o poseen rasgos que, con ligeras modificaciones de carácter técnico, se han convertido o transformado en los sistemas contemporáneos de transferencia de la propiedad, principalmente en el derecho occidental, dando origen así a los sistemas de unidad del contrato (estrechamente ligado al sistema realista, consensualista o de efecto real del contrato; el sistema de transmisión de doble causa, vinculado al clásico sistema formal que abraza la teoría del título y el modo.

2.4.1. Sistema de Unidad de Contrato.

Este sistema a su vez se subdivide en:

2.4.1.1. Sistema Transmisión de causa única.

Este sistema de transmisión de la propiedad es equiparable al sistema francés. La doctrina delimita sus principales características en que el contrato es considerado como la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no necesita que se emplee un modo para que se publicite la adquisición de la propiedad. Las notas características de este sistema son tal cual las establecidas para el sistema francés del *solo consensus* pues el derecho del nuevo propietario nace del acuerdo de voluntad simplemente expresado en un contrato o título pues “al reputarse a la voluntad suficiente para -producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- está en la capacidad de producir efectos reales” (Vidal, R., s.f.).

Además, el consentimiento de quienes contratan, convierte al comprador en propietario del bien, pues es consecuencia del más lato grado de autonomía de la voluntad, entendiendo a esta como un poder de autorregulación, que enmarca la creación de preceptos privados de carácter normativo para ejercer facultades y poder crear relaciones jurídicas por la sola decisión de la persona a fin de ejercer sus derechos subjetivos o desplegar su actuación a través de actos jurídicos.

Es por ello que dentro de este sistema se considera al consensualista o espiritualista como un subsistema, sin embargo, vale señalar que la doctrina francesa del solo consenso nace junto a la época contemporánea por lo que vale señalar que si bien doctrinariamente se le puede concebir como un sistema contemporáneo, este tiene su fundamento doctrinal en las bases *iusfilosóficas* que inspiraron el nacimiento del *code napoleónico* de 1804.

2.4.1.2. Sistema de transmisión de doble causa.

Quiere decir que a diferencia del contrato de causa única, aquí el título por sí solo no es suficiente para transferir el bien en propiedad, pues requiere de algún modo de adquisición cuyo fin es generar la cognoscibilidad por parte de los terceros y de la sociedad del hecho de la mutación de un estado jurídico como es el de ser propietario. Estos sistemas indican que la transferencia de la propiedad se da por medio de actos de disposición, el cual se encuentra antecedido por una causa remota la misma que es el título o el acto de obligación que, precisamente es un acto de carácter personal; mientras que el acto que transfiere la propiedad es el acto de disposición, causa próxima o como se le conoce en el sistema romano -sistema que gesta al de transmisión de doble causa- sería el modo.

Este sistema da paso a dos subsistemas mismos que son:

2.4.1.2.1. Sistema real o de tradición.

Este no es sino la unión del título y el modo que se emplea en países como Perú para bienes muebles, así como en el derecho español, Chile, Argentina, Cuba, Ecuador.

2.4.1.2.2. Sistema registral constitutivo no convalidante.

Es aquel sistema en el que el registro se constituye en un elemento obligatorio para obtener la propiedad de un bien, sin embargo, si existe algún defecto en la validez del acto o contrato que actúa como causa remota, el acto del registro también resulta en ineficaz estructuralmente inválido. Este sistema halla su único representante en Brasil, quien lo aplica, conforme a su artículo 676 del Código Civil brasileño, para bienes inmuebles.

2.4.1.3. Sistema de separación del contrato.

Este sistema de separación es el que se aplica en Alemania y sobre el cual ya se desarrolló en el punto referente a este sistema, al cual se le denomina sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, siendo el ejemplo el sistema alemán, el suizo y el torrens australiano.

2.5. Sistemas de transferencia de la propiedad en el Derecho Continental.

Objetivo de la presente investigación es abordar cómo se transfiere la propiedad en las dos más importantes familias del derecho, tales como son en el Common Law y en el sistema continental o romano-germánico. Para tal fin, es necesario comenzar delimitando aquel que es más afín al derecho peruano o aquel al cual enmarca al derecho privado.

El derecho continental desarrollado en Europa resalta en países tales como Alemania, Suiza, Austria, España, Italia, Francia, mismos que a su vez se han convertido en los más representativos por lo que se desarrollarán a continuación.

2.5.1. Sistema de transferencia de la propiedad en España.

Vale señalar que los sistemas de transferencia de la propiedad no han sido perennes en el tiempo, pues han mutado entre transmisión de tradición causal y el principio de transmisión por medio del consentimiento. Es ahí donde debe diferenciarse este fenómeno de circulación de bienes a lo largo de la historia, por ejemplo en el bajo imperio, existía una fuerte influencia del derecho provincial el que se cimentaba en el derecho de los visigodos mismo que proponía la eficacia real del contrato de compraventa, es decir, una especie de antecedente del solo consensualismo, pues, el derecho visigodo, sirvió de fuente indirecta para el nacimiento del sistema consensualista francés de 1804, mismo que se aplica hasta la actualidad.

Más adelante en la historia, con la promulgación del Código de las Costumbres de Tolosa del Siglo XIII, mismo que se hallaba inspirado en el *codex iustiniano* donde en el *codi*:

... se afirma que ningún hombre adquiere señorío sobre una «*si just titol non ha*» e, igualmente, en las Partidas, el más importante medio de recepción y difusión del Derecho romano clásico en España, que reproducen el sistema de transmisión de la propiedad por tradición mediante justa causa (título). (Pérez, M. 2016, p.227-228).

Es así como se adopta la teoría del título y tradición como el modo para adquirir la propiedad que, como señala De Molina, L. (1946) señala:

(...) diremos que para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente, ni que tengamos un título apto para la transmisión, como una compraventa legítima o una donación o algo semejante, sino que es necesario también que la cosa os sea transmitida por alguna clase de tradición. (Pérez, M., 2016, p. 228).

Pero como se mencionó anteriormente, no fue perenne esta adopción de posiciones respecto de las formas en las que se transferiría, por lo que el derecho natural, que renace producto de la ilustración y la revolución francesa, así como la dación del código de Napoleón de 1804, irradian en la legislación española, especialmente en la redacción del proyecto de código civil español de 1851, donde se estableció que la propiedad se transfería por herencia, contrato y prescripción, mismo que concreta el que “la obligación de entregar la cosa queda perfecta por el sólo consentimiento de las partes y no es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario” (Pérez, M., 2006, p. 229)

Es así como finalmente la transferencia de la propiedad en el derecho español contemporáneo da un salto al pasar a normar el contrato de compraventa, pues acorde a las reglas establecidas en los artículos 609 y el 1095 del Código Civil del reino de España, vigente en la actualidad, se exilia la otrora posición consensualista originaria y se asume una nueva, pues ahora el acuerdo no se convierte en causa suficiente para transmitir la propiedad, es decir, los contratos no poseen virtualidad traslativa ya que el artículo 609 dispone que la propiedad así como los demás derechos reales que se adquieren sobre un bien, son consecuencia de ciertos contratos pero se dan mediante tradición, aplicando además conforme al artículo 1095 del Código Civil del Reino de España, que el acreedor si bien

tiene derecho a los frutos que emanen de la cosa desde el nacimiento de la obligación de entregarla, no es sino hasta que se entrega esta que adquiere el derecho real objeto del contrato -fuere cual fuere el derecho real- primando así la teoría del título y modo por sobre el sistema del consensualismo espiritualizado.

En resumidas cuentas, como Pérez, M. (2016) señala “de modo que, según nuestro Código, es necesario un negocio causal precedente que justifique la transmisión, denominado predominantemente título, y un elemento material, más o menos espiritualizado, denominado entrega o tradición” (p. 230). Es por ello que Ancajima, J. (s.f.) señala que el sistema de transferencia de la propiedad española se encuentra inmersa en los sistemas contemporáneos de transmisión de causa doble.

2.5.2. Sistema de transferencia de la propiedad en Francia.

Quizá referenciar este sistema es innecesario siendo que ya se realizó la mención al mismo cuando se desarrolló el sistema de transferencia consensualista, empero, no está de más el hacer una referencia al mismo. Pasa que del discurso de los legisladores franceses, redactores del Code Napoleónico de 1804, quienes afanosos se ufanaban del nuevo régimen, considerando que las buenas leyes civiles se convertían en el más grande de los bienes que podrían tener los hombres (refiriéndose a los ciudadanos franceses) permite deducir que el derecho de propiedad, como parte del derecho civil, ocupaba un lugar importantísimo en la legislación gala y la transferencia de esta no era excepción, por lo que, a fin de facilitar al pueblo el tráfico jurídico de bienes, este devino.

Bien sabemos que el iusnaturalismo y la distorsión consuetudinaria del sistema romano clásico -preferencia por el título y el modo- convirtió a esta teoría en un consensualismo en la práctica al asumir que existía, tras este, una tradición *ficta*, misma que dotaba al solo contrato de eficiencia plena para surtir efectos reales, ya en el Siglo XVIII, la tradición ficta desaparece y “se empezó a pensar que la compraventa en sí misma transfería

el dominio por parte del vendedor al comprador, y no solamente le confería un título” (Oviedo, J. 2004, p 457). De hecho solo Pothier se oponía a este modelo pues él sostenía y defendía que la compraventa, a título contractual, tenía como finalidad el que nazca la obligación de entregar la cosa al comprador siendo recién ahí cuando el dominio despliega su facultad *erga omnes*. El artículo 1582 del *Code* napoleónico de 1804 es el que imperativamente dice que “la venta es una convención por la cual una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a pagar”.

Dicha institución se ha perennizado en el tiempo a diferencia de otros sistemas, y ha alcanzado sus efectos jurídicos tanto para bienes muebles como para bienes inmuebles, por lo que perfectamente puede decirse que en el derecho francés, una vez celebrado el contrato de compraventa de un bien (mueble o inmueble), se produce, perfecta e inmediatamente la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador, por lo que el enajenante lo único que hace es entregar la cosa a quien ya es propietario del bien, por el efecto real del contrato que le premune al adquirente el dominio perfecto de la cosa aunque aún no la tenga dentro de su esfera de poder, por eso Cecchini, X. (2002) señala :

... Sin que dicho acto implique *traditio* romana, sino mero traspaso posesorio (*déliverance*). Se atribuye dicho giro respecto del sistema trasmisivo romano, inicialmente, a las influencias de la doctrina de Leibniz y Domat con base en un orden racional-natural, entre los que se atribuía gran importancia a la voluntad contractual, que tuvieron gran influencia en el proceso codificador galo. (p. 43).

Por ello, nuevamente se ratifica que, el sistema consensualista espiritualizado como el protagonista en el derecho francés en el proceso de circulación y tráfico de bienes, al margen de la mayor o menor inseguridad jurídica que pudiese generar este sistema en el derecho francés, pues al igual que el caso peruano el enajenante solamente asume la posición

pasiva y la obligación contractual de permitir la posesión efectiva del bien objeto del contrato para con el adquirente.

2.5.3. Sistema de transferencia de la propiedad en Italia

El derecho italiano, apoyado en el código civil de 1942, pese a que en su seno se gestó la civilización más importante del periodo clásico, y el derecho que inspiró la formación de todo un sistema concatenado a nivel continental y que irradió sobre Iberoamérica también, no adquiere o asume los rasgos típicos del derecho romano tradicional en cuanto la aplicación de la forma más desarrollada que este halló para la transferencia de la propiedad, es decir, la aplicación de un título como causa remota y de un *modus acquirendi* como causa próxima, sino que, desterrando al mismo, adoptó el sistema del consensualismo espiritualizado del derecho francés caracterizador por “predominio del título, o sea, basta el solo consentimiento de las partes del contrato para la adquisición de derechos reales, para disponer de los bienes libremente, no siendo necesaria la inscripción en el registro ni la tradición” (Ancajima, J., s.f.).

El Código Civil italiano recoge el sistema del solo consenso en el artículo 1376 del mismo en el que establece que de los contratos que tienen por objeto transmitir la propiedad de una cosa, así como la constitución o la transferencia de cualquier derecho real; la propiedad o el derecho se transmiten y adquieren por efecto del consentimiento prestado por las partes, mismo que se ha manifestado legítimamente en el título contractual.

Asimismo, en el Capo III, denominado como “Dei modi di acquisto della proprietà”, conformado por el artículo 922 sobre el Modi di acquisto, señala que:

La proprietà si acquista per occupazione (923 e seguenti), per invenzione (927 e seguenti), per accessione (934 e seguenti), per specificazione (940), per unione o commistione (939), per usucapione (1158 e seguenti), per effetto di contratti (1376

e seguenti), per successione a causa di morte (456 e seguenti) e negli altri modi stabiliti dalla legge. (Codice Civile Italiano, 1942).

Que en su castellanización quiere decir que la propiedad se adquiere por ocupación (923 y siguientes), por invención (927 y siguientes), por accesión (934 y siguientes), por especificación (940), por unión o mezcla (939), por usucapión (1158 y siguientes), por efecto de los contratos (1376 y siguientes), por sucesión por causa de muerte (456 y siguientes) y en las demás formas que establezca la ley.

Como se expresó al desarrollarse títulos atrás el sistema de transferencia consensualista de la propiedad, este es consecuencia de la vigencia del derecho romano vulgar y su expansión por los reinos visigodos, ostrogodos, vándalos y germanos a consecuencia de la caída del imperio romano de occidente, lo que incidió altamente en el derecho que surge en los reinos que conformaron la península ibérica, itálica y el occidente de Europa, sustituyendo a la tradición efectiva por la tradición *ficta* respaldada en el instrumento que contenía la voluntad de los contratantes.

Es así, como volviendo al código civil italiano del año 1942, este recibe influencia enorme y directa del código francés de 1804, pero no solo de aquel código, pues, no es el antecedente inmediato más cercano de legislación italiana que el Código de 1942 posee, ya que anteriormente, el derecho italiano, unificado como el reino lo fue en el año 1862, recibió de parte del Rey Víctor Manuel II el “Codice Civile italiano” del año 1865.

Además del artículo antes mencionado, se tiene que, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el caso peruano, no existe contradicción entre los derechos obligacionales y los reales en cuanto al acto que genera la traslación, pues de la definición que se alcanza del artículo 1470 del Código italiano de 1942, pues define al contrato de venta como “el contrato que tiene por objetivo la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de cualquier otro derecho a cambio de un precio” (Oviedo, J., 2004, p. 459).

Es más, dicha norma se complementa con lo que establece el artículo 1476 del Código Civil Italiano mismo que señala la obligación del vendedor de que, si como consecuencia del contrato no se estableciera como efecto inmediato del mismo la adquisición de la propiedad de la cosa o del derecho, este asume entonces la obligación de hacer adquirir al comprador la cosa en propiedad, como ya se ha dicho, en los casos donde, por mandato legal, la adquisición de la misma no es efecto directo del contrato. Dichas causales que impiden la transferencia plena del dominio por el contrato son cuando conforme al artículo 1378, se trata de la venta de una cosa genérica, para lo que la individualización o elección (en nuestro derecho) es la que habilita el acceso de la propiedad, o cuando, conforme al artículo 1478, se trata de la venta de cosa ajena para lo que el vendedor debe garantizar primero, que el bien se encuentre en su poder o alcance la facultad suficiente para enajenar el bien objeto del contrato.

En el derecho civil italiano se contempla por ello dos tipos de ventas las cuales se denominan como *Vendita obligatoria* la que es aquella sometida a determinados presupuestos de ley, como son el caso de la venta de bien ajeno o la venta de cosa genérica mientras que la otra modalidad de venta es la *Vendita Reale*, que, es muy sencilla de entender del nombre denominacional del mismo, pues es la que aplica el contrato con efectos reales, donde el contrato y la transferencia de dominio se producen como efecto de la manifestación de voluntades sin ser necesaria la tradición (Barbero, D. 1967).

La doctrina italiana es unánime en cuanto a que para concretarse el efecto real inmediato del contrato es necesario que el objeto del mismo sea determinado, de propiedad del vendedor, actual y cierto, por lo que o que “por lo menos, el vendedor (como en el caso del mandato) esté obligado para disponer” (Barbero, D., 1967, p. 8).

2.5.4. Sistema de Transferencia de la propiedad en Alemania.

Como bien hemos señalado el derecho alemán en su código civil vigente adoptó una nueva forma sistemática de transferencia de propiedad gestado en el seno de la doctrina Savigniana en Alemania y que incluso fue respaldada por Ihering. En base a sus postulados, es que el Código Civil Alemán (BGB alemán en adelante) del año 1900, disponía en su numeral 433 lo siguiente:

1. Mediante el contrato de compra y venta el vendedor de una cosa está obligado a entregar la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad de la misma. El vendedor de un derecho está obligado a transmitir el derecho al comprador, y su el derecho faculta a la posesión de la cosa, a entregarle la cosa.
2. El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio acordado y a recibir la cosa comprada. (Código Civil del Imperio Alemán de 1900)

Lo que permite evidenciar que el derecho germano tras la unificación del imperio alemán se cimentó bajo la teoría del título y modo, pues de la literalidad del dispositivo legal, se aprecia que de la definición del contrato de compraventa solo podía establecerse obligaciones, siendo esta última la de entregar al comprador y la de transmitirle la propiedad del mismo, pues dichas obligaciones se corresponden con la contraprestación del comprador de pagar el valor o precio del bien a enajenarse.

El sistema del título y modo de este código reconocía la insuficiencia del título para ser causa determinante, eficiente y próxima de la enajenación del bien objeto del contrato, siendo necesaria la conjugación del modo a este (el título), que se manifiesta en la forma de la tradición. Existió posteriormente una modificación de este código que empezó a regir el 1 de enero del año 2002 donde la modificatoria lo único que hace es ratificar la delimitación del contrato como fuente obligacional y la obligación del vendedor de entregar el bien la cosa libre de vicios materiales y jurídicos. Empero hay que señalar que

la tradición se regula para bienes muebles de modo que requiera que “el propietario de la cosa se la entregue al adquirente y que ambos acuerden la transmisión de la propiedad. Si el adquirente está en posesión de la cosa, el acuerdo de transmisión de la propiedad es suficiente” (Oviedo, J., 2004, p. 460 nota 22).

Para la transferencia de bienes inmuebles, el numeral 925 del BGB alemán, este indica lo siguiente:

1. El acuerdo entre el enajenante y el adquirente (transmisión), exigido para la transmisión de la propiedad de un terreno según el § 873, debe ser declarado por ambas partes con asistencia simultánea ante una autoridad competente, cualquier notario es competente para la recepción de la declaración de la transmisión, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades. La transmisión también puede declararse en un compromiso judicial.
2. Una transmisión que se realice sujeta a una condición o a una estipulación de tiempo es ineficaz. (BGB alemán)

De aquí es de donde se desprende el carácter escindido de este sistema para bienes inmuebles, y es que el sistema de separación de contratos se funda en el acuerdo obligatorio que nace de la compraventa, seguido por un acto jurídico de declaración ante notario o autoridad competente por la que se expresa la obligación de enajenar el bien, mismo que se concreta con la inscripción del inmueble en el registro territorial alemán.

2.5.5. Sistema de transferencia de la propiedad en Austria

El sistema de transferencia en Austria, es esencialmente derivado del sistema germano, pues hay que comprender la estrecha relación que existe entre ambos países y sus antecesores estados: El imperio Alemán y el Imperio de Austria-Hungría, mismos que formaron parte de la confederación de estados germánicos, en conjunción a Prusia, hasta que el imperio Alemán se erige como la principal potencia al unificar los dispersos estados

germanos, así como tomar el control de Prusia erigiéndose en la potencia hegemónica del centro de centro occidental de Europa.

Es así como la tradición jurídica de estos estados es colisionada de algún modo por el ascenso del partido Nacional Socialista en la República de Weimar y que, una vez tomado el control pleno del poder político de esta, comenzaron el proceso de expansión por sobre estados étnicamente cercanos.

Al margen de las cuestiones políticas, también cultural e ideológicamente Austria se vincula a Alemania en virtud de la filosofía y las tradiciones, entre ellas, el derecho consuetudinario de los pueblos germanos en un primer momento; luego, posteriormente la adopción del sistema del título y modo como parte del derecho alemán moderno para finalizar en la adopción de las bases doctrinarias Savignianas para instituciones tales como la propiedad. Así es como se arriba a la corriente que promovía este doctrinario del derecho: la Pandectística alemana.

El derecho austriaco promueve la desvinculación de la adquisición de la propiedad del contrato mismo (la compraventa), en un sistema que se denomina “*Split approach*”, pero que nosotros, en nuestra doctrina conocemos como sistema de separación del contrato, que a su vez también deriva del derecho romano, pues, como bien sabemos este promovía formas tales como la *traditio*, y si bien eran menos recurrentes, también tenemos a la *mancipatio* y la *in iure cesio*, formas que permiten la adquisición de la propiedad muy aparte de la causa remota como es el título.

Ahora bien, volviendo a la escuela Pandectística alemana, esta introduce “la existencia de un acuerdo adicional independiente que determina la transmisión propiamente dicha (Trennungsprinzip)” (p. 118). Dentro de este contexto, países circundantes a Alemania, comparten la idea de separación del contrato y el efecto transmisivo tal cual el BGB alemán, independiza la transmisión de la validez del contrato subyacente, en aplicación

del principio de abstracción mientras que en Austria, se asume un sistema causalista, mismo que ha sido matizado por la doctrina y jurisprudencia de este país.

El derecho austriaco sigue un sistema real abstracto de tradición, es decir, que propugna la necesidad de un contrato de compraventa, la posterior declaración de transferencia del bien en propiedad y la correspondiente forma, que consiste en la entrega física de la cosa al comprador para bienes muebles, mientras que para inmuebles, se adopta la inscripción constitutiva para bienes inmuebles (Gálvez, G., 2021).

2.5.6. Sistema de transferencia de la propiedad en Suiza.

El sistema de transferencia suizo es prácticamente un calco de la legislación alemana en el sentido de adoptar el sistema registral constitutivo para la transmisión de la propiedad inmueble en Suiza, por ejemplo esto es algo que se aprecia de lo dicho por el maestro Avendaño, J. (2000), quien indica que en el Perú, la inscripción no asume una función constitutiva en cuanto al derecho de propiedad refiere, sino que es declarativo, no produciéndose esta en dos momentos, por lo que no hay como en el derecho alemán, suizo, austriaco y de otros países de Europa dos momentos que funcionen a modo de título y modo. Pues conforme lo indica Vidal, R. (2012), “(...) en lo que respecta al 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) (...)” (p. 10).

Ahora bien, esto se aprecia del artículo 971 del código civil suizo mismo que expresa:

1 Tout droit dont la constitution est légalement subordonnée à une inscription au registre foncier, n'existe comme droit réel que si cette inscription a eu lieu.

2 L'étendue d'un droit peut être précisée, dans les limites de l'inscription, par les pièces justificatives ou de toute autre manière. (Code Civil Suisse, 1907).

Cuya castellanización nos dice que:

1 todo derecho cuya constitución esté sujeta legalmente a la inscripción en el registro de la propiedad sólo existe como derecho real si esta inscripción se ha producido.

2 el alcance de un derecho puede especificarse, dentro de los límites del registro, mediante documentos justificativos o de cualquier otra forma.

Del numeral 1 se nos permite apreciar perfectamente la naturaleza constitutiva del registro de la propiedad en suiza, pues todo derecho real que pretenda surgir bajo mandato de la ley, respecto de su inscripción en el registro de la propiedad, solo podrá existir de haberse efectuado aquella, principalmente aplicable a bienes inmuebles, pues para los bienes muebles, el código civil suizo de 1907 ha dispuesto en sus artículo al 974 la teoría del título y modo de origen romano, pero que entiende por modo a la inscripción del derecho real en el registro correspondiente. En resumen, conforme a lo mencionado por Fernández, G. (1994), “en lo que respecta al grupo de sistemas transmisivos de causa abstracta, acogen - para inmuebles- el sistema registral constitutivo convalidante: (...) el sistema suizo (artículo 971 de su Código Civil)” (pp. 161-162); además de adoptar para los bienes muebles el sistema real abstracto conforme a los artículo 714 y 717 del mismo código.

2.6. Sistemas de Transferencia de la propiedad en el Common Law.

Antes de comenzar a desarrollar los puntos pertinentes a este derecho, vale expresar qué es lo que se entiende por Common Law, este es aquel derecho propio de las naciones británicas, o que hallan su fuente principal, en el derecho inglés a causa de, históricamente, haber pertenecido en algún punto de su existencia al otrora imperio británico, hoy denominado Reino Unido, pues este derecho, al día de hoy, se extiende por aquellas naciones que si bien ya no pertenecen a este reino o no son colonias del mismo, tienen vínculos culturales, lingüísticos, y hallan puntos en común con los británicos.

Ahora, Inglaterra no fue ajena a la invasión romana, de hecho se conoce que la Isla de Gran Bretaña fue conquistada por este imperio hacia el año 45 de d.c.. Julio César fue el

primer emperador romano en intentar conquistar el territorio de la isla, y, al margen de algunas victorias, no logró consolidar satisfactoriamente su incursión en la isla a causa de las revueltas en las Galias, empero tuvo una victoria simbólica que le permitió recibir tributo de los reinos o tribus de la isla tal como fue el caso de los trinovantes, los icenos, los segonciacos, los ancálites, los bíbrocos y los casos, quienes juraron fidelidad al imperio y le pagaban un tributo (Frere, S., 1987), César Augusto pretendió invadir la isla nuevamente sin embargo, por diversas circunstancias no pudo llevar a cabo sus campañas. Es por ello que al llegar a la aparición de Claudio, quien fue el emperador Romano que logró dominar la isla, o al menos gran parte de la misma hacia el año 43 d.c. bajo el yugo del imperio romano, Britania se hallaba sometida a las leyes del imperio hasta la caída de este y el posterior desmembramiento de Britania en reinos.

Posteriormente, el derecho romano fue esencialmente teocrático y continuaba sometido a las normas romanas rezagadas a la par que se fusionaban con el derecho consuetudinario tribal. Empero no fue sino hasta la conquista de Inglaterra en el Siglo XII por los normandos, cuando se gesta la creación del sistema del Common Law, “sistemas jurídicos hoy vigente en Inglaterra, Gales, y en la mayoría de los países que un día fueron colonias británicas” (De Martín, M. 2021, p.13). El rasgo esencial de este derecho es que se forma no necesariamente de la ley escrita, o, en otras palabras, la ley positivizada no es la única fuente del derecho, pues este se compone, además del que nace y emana de los tribunales en la práctica jurisdiccional, por lo que las resoluciones judiciales asumen el carácter vinculante para los demás, lo que lo convierte en un derecho muy distinto al derecho civil continental.

De los países que componen este sistema, hay una amplia variación en el mundo, sin embargo, a los fines de la presente investigación, se tomarán como referencia, Inglaterra, Estados Unidos y Australia, excluyéndose a Canadá por cuanto su sistema jurídico, es

disperso: algunas regiones emplean el sistema continental, otras el common law, y dentro del sistema de transferencia de la propiedad es más disperso aún, pues algunas regiones como Quebec se someten al derecho continental y asumen el sistema del solo consenso como forma de transferencia de la propiedad inmueble, otras zonas que siguen el derecho continental de países bajos, asumen la teoría del título y modo para la transferencia de la propiedad inmueble; mientras que las demás regiones (mayoría) que se adscriben al Common Law, siguen el sistema Torrens.

2.6.1. Sistema de transferencia de la propiedad en Inglaterra.

El sistema de propiedad en Inglaterra deviene ineludiblemente de un sistema de producción histórico, que para muchos puede parecer desfazado: el feudalismo.

Recordemos que el derecho de propiedad inmobiliaria europeo es consecuencia de derecho consuetudinario, del derecho romano y del derecho feudal, recordemos sino cómo elementos de la tradición bárbara irradiaron en el seno de la tradición clásica romana en Francia, lo que devino que antes del establecimiento del código Napoleónico, ya se considerara como innecesaria a la tradición, pues la misma había sido espiritualizada en la “*traditio ficta*”. Sin embargo, en la Europa continental, “el sistema feudal se entabló después de las grandes migraciones del siglo VI-VIII a.c., mientras que en Gran Bretaña tuvo su origen tras la conquista normanda en 1066” (De Martin, M., 2021, p.13). Por feudalismo entendemos que el feudo, es decir la tierra, pertenecía o bien a la corona o a un señor, quienes concedían a los siervos o vasallos el alquiler de la misma a cambio de tributos en especies, o bien por servicios personales como el de su apoyo en guerra o en las cruzadas.

El sistema feudalista en Europa duró durante toda la edad Media, y terminó cuando se dio paso a la edad moderna, con la aparición de la burguesía y la caída del Imperio Romano de Oriente, así como el renacimiento y humanismo que promovieron posteriormente la iluminación y las revoluciones nacionalistas del Siglo XVIII y XIX, o, en

otros estados, hasta comienzos del Siglo XIX (Rusia, Italia, España). Sin embargo, la realidad del Reino Unido, y en particular, de Inglaterra, no es el mismo: ocurre que el sistema feudal como tal perdió significado o importancia pero, aunque parezca asombroso “formalmente persiste en Inglaterra y Gales donde toda la tierra se considera todavía propiedad de la corona, mientras que en Escocia fue abolido en la legislación de 2004” (Smid, C.; Hertel, C. y Wicke, H., 2005, p.9).

Claramente este sistema no es el mismo ni su esencia se mantiene, al margen de que formalmente permanece en Inglaterra, pues ya no se deben labores efectivas al terrateniente, al señor feudal o a la corona misma, si no que implica que la propiedad inmobiliaria se encuentre subordinada a la voluntad de la corona, principalmente a su duración. Es por ello que se habla de la existencia de dos tipos de propiedad inmobiliaria la primera es la “*freehold*” que, como de su nombre se pudiere desprender es aquella que se encuentra plenamente libre, no estando limitada en tiempo que es el equivalente en nuestro sistema a la propiedad civil y que es “la única clase de derechos sobre la tierra (estate in land) y otros inmuebles que confieren a su poseedor verdaderos derechos de propiedad (rights of ownership)” (Cuñado, F. y Gámez, R., 2020). Mientras que el otro tipo de propiedad es la “*leasehold*” es aquel por el cual el terreno o predio en el que se realiza la construcción de algún inmueble pertenece a quien posee la “*freeholder*” por lo que debe pagar una renta que, en término cuantitativos, es una cantidad minúscula al que se le denomina ground rent.

Parte del derecho anglosajón inglés, implementa una tradición jurídica, que si bien no es norma se acostumbra al empleo de esta figura, como es la del legal advisor quien es un asesor jurídico quien puede ser un *solicitor* o un abogado, de no ser abogado puede ser “un licensed conveyancer (agente de la propiedad autorizado o especialista en los trámites, documentos, etc., relacionados con cambios y transmisiones de propiedades o inmuebles) o un chartered legal executives and CILEx practitioners (Ejecutivo legal certificado)” (De

Martin, M., 2021, p.23), el rol de este asesor es el preparar la documentación pertinente para la transmisión. Luego se emplea el proof of identity o comprobante de identidad, que sirve para la prueba del documento.

Luego se realiza la comprobación documental de la realidad que se pretende mostrar mediante el Title Register o registro de títulos “que contiene los detalles principales de la propiedad y la titularidad en el Registro de la Propiedad, como la descripción de la propiedad la información del propietario (ownership title), las hipotecas y los cargos (encumbrances/burdens) y los embargos (repossessions)” (De Martin, M., 2021, p. 25), pues en este sistema es muy importante el sistema de publicidad registral en el derecho Inglés, pues aplican un sistema de folio real, ya que cada propiedad tiene su propio número de registro. Ahora la compraventa de la propiedad Freehold es libre, es decir se dispone plenamente de la propiedad del bien inmueble objeto de contrato, empero es más larga y compleja en el caso de la Leasehold, pues requiere ulteriores comprobaciones, luego debe evaluarse las restricciones relacionadas con lugar donde se encuentra la propiedad inmueble si es una zona de edificios o si se trata de un área de conservación, así como si se ha solicitado el permiso pertinente para la elaboración de la construcción sobre el predio, así como el pago de la tasa correspondiente denominada como *council tax*. (De Martin, M., 2021).

La diferencia más saltante es que “en el sistema del *Common Law* las funciones de land survey (catastro) y de registering of title (inscripción de título, registro en el Catastro de un derecho de propiedad) son fusionadas en un solo organismo, el Land Registry (Catastro, Registro de la Propiedad Inmobiliaria)” (Smid, C.; Hertel, C. y Wicke, H., 2005, p.29).

En el proceso de compraventa, primero se realizan el paso de ofertas (make an offer) mismo que no es vinculante plenamente hasta el intercambio contractual, cuando el comprador hace una oferta, el precio puede negociarse, algo que ocurre en supuesto de

hallarse problemas en la propiedad (deudas, cargas, problemas estructurales, etc.) o cuando otro comprador hace una oferta mayor.

Luego sigue la finalización de la compraventa, misma que se realiza con el intercambio de los contratos firmados, donde el comprador “transfiere el resto del dinero al vendedor y el vendedor entrega los documentos de la propiedad, desaloja el domicilio y entrega las llaves al comprador” (De Martin, M., 2021 p.30), este proceso no se da inmediatamente sino que se realiza entre dos a cuatro semanas tras el intercambio de los títulos y la entrega del “*deed*” o escritura, que es documento universal en el que se expresa la aceptación del contrato de compraventa, posteriormente a esto “dentro de los 30 días sucesivos a la finalización de la compraventa (completion), se registra el cambio de propiedad en el HM Land Registry (Registro de la Propiedad de Su Majestad)” (De Martin, M., 2021, p.33). Aquí se registrarán todos los derechos de propiedad que formen parte de los dos tipos de propiedad que se transfieren, en un procedimiento que llamado Transferring Ownership, o técnicamente conveyancing que significa cesión y que implica la transmisión de la propiedad, concretándose esta una vez que se inscribe el bien en Registros Públicos.

2.6.2. Sistema de Transferencia de la propiedad en Estados Unidos de Norte América.

El derecho estadounidense es otro de los más representativos del sistema anglosajón de transferencia de la propiedad aunque con sus matices propios. Recordemos que el mercado estadounidense es el centro o cuna del capitalismo, no por nada son uno de los países con mayor poderío económico del mundo, algo que se debe precisamente a la seguridad jurídica que brinda a los contratantes en el seno de su derecho, así como a un bien implementado sistema de jurídico de compra de bienes inmuebles, a los que se les denomina comúnmente como “bienes raíces”.

Como sabemos, Estados Unidos de Norteamérica, está conformado por un total de cincuenta Estados, mismo que, en virtud de su autonomía, poseen matices propios en su legislación estatal, sin que ello implique necesariamente una disonancia plena con el derecho federal, pues, pese a que no sea uniforme la legislación, la misma no es contradictoria.

Por ello las normas que regulan la propiedad en el derecho estadounidense se encuentran dispersas en las leyes federales, pues recordemos no existe un sistema de codificación, sino que se rige en base a la ley y a la jurisprudencia que siempre es vinculante.

En un primer momento, se mencionó que el sistema americano tiene gran seguridad jurídica, empero podría decirse además que no es jurídica en sí misma, si no, que antes de ser de derecho, la misma es económica. Y es que a modo de ejemplo, a diferencia del notariado latino, “en Estados Unidos, si por algún motivo alguien lo vence en un juicio de titularidad, hay una compañía de seguros que le pagará lo que usted pagó por el inmueble” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 126). Si bien es cierto, se pierde el bien, el sistema de seguros permite que al menos, se le retribuya el dinero pagado por el mismo. En la mayoría de Los estados en Estados Unidos de Norte América, el sistema en primer lugar se incoa con el acuerdo entre las partes, seguido por la contratación de un seguro de títulos en una compañía aseguradora y se concretiza con la inscripción en un Registro de Propiedad Inmueble, misma que se realiza electrónicamente.

En el derecho estadounidense, es necesario además el pasar una entrevista por la Asociación de vecinos, Consorcio de propietarios o la entidad plural que inserte en ella como miembros a los titulares y propietarios de los bienes inmuebles (sean casas, departamentos, etc.), lo cual no es un requisito esencial, sino que principalmente es de carácter formal.

Las leyes dentro del Estado de Florida, por ejemplo, indican que el vendedor debe informar al comprador mediante un documento escrito del estado del bien, empleando un formulario estándar, donde se consignará lo vinculado a todo lo que comprenden el inmueble

a transmitir: desde la estructura, su composición, los bienes muebles y demás cosas vinculadas al inmueble.

Posteriormente se pasa al contrato de compraventa, mismo que “lleva los nombres de ambas partes, la descripción del inmueble y otros ítems agregados que incluyen los muebles incorporados a las paredes, o ubicados dentro de ellas, como puede ser una biblioteca o un bar” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 128), como es el caso por ejemplo del Estado de Florida. Posterior a la descripción del bien, le sigue el precio y la forma de financiamiento que se ha de escoger, asimismo en ese rubro se consignan la existencia de hipotecas ya gravadas o, en su defecto si es que con otra hipoteca se ha de financiar la compra, esta se señalará en el contrato.

Al final, se consigna la fecha del *closing* que implica la concreción del contrato, y se pacta la fecha de entrega de la posesión, así como la ocupación del inmueble y la entrega física de las llaves o códigos de acceso. Pero este contrato, no acaba ahí, sino que posteriormente “se habla del seguro de título, la forma de demostrar la propiedad, quién paga la póliza y quién contrata el seguro”. (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 129).

Luego de firmado el contrato, se tiene las inspecciones, las entrevistas con los asociados y finalmente, se concreta el cierre de la compraventa o *settlement statement U.S.* que es un formulario denominado como *Department of housing and Urban Development*, este cumple el rol de registro pues “en él se asientan el nombre del comprador y el vendedor, su dirección y demás datos” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 136), entre esos datos tenemos por ejemplo la ubicación detallada del bien inmueble, el agente inmobiliario que participó del proceso de compraventa, los abogados o firma de abogados que participaron del asesoramiento legal si lo hubo.

Ahora, lo que es más importante que el mismo registro es el Seguro de Título, es decir estos seguros que respaldan al vendedor en cuanto a la efectiva titularidad del bien

ofertado, este seguro nació en el año 1874, en Pensilvania, donde se aprobó por ley la incorporación de compañías de seguros de título y que tuvo como protagonista a Joshua Morris y colegas suyos que en marzo del año 1876 incorporaron el primer seguro de títulos, “la nueva empresa se llamó Red Estate Title Insurance Company of Philadelphia” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 145).

La razón de la existencia de estos seguros de títulos son la inexistencia de un registrador público como en el derecho peruano, recordando que desde ya, antes de la creación de este, los títulos inscritos única y exclusivamente pasaban el filtro arancelario mas no necesitaban mayor indagación respecto a su validez. Y es que “los registros inscriben los documentos sin mayor control y la gente toma como buenas las inscripciones aunque no lo sean y se cubren con el seguro” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, p. 143), es por ello que las compañías de seguros de títulos se encargan de revisar los índices de los registros para examinar los documentos en ellos consignados, rol que antes de que se crearan las compañías de seguros de títulos, era encomendada a un abogado en particular.

La compañía aseguradora emite una póliza de seguro, misma que equivale a una declaración hacia el comprador del bien inmueble que certifica que “el título está libre de defectos embargos y gravámenes, excepto los que han sido expresamente excluidos o figuraban como excepciones en la póliza” (Gutiérrez, A y Gutiérrez, A. 2011, pp. 145-146), por lo que esta -la póliza de seguros- se encarga de cubrir la pérdida total de la inversión del comprador de un inmueble si es vencido en juicio sobre la titularidad del mismo, por una cifra límite igual a “la suma que pagó por la casa y por la que contrató el seguro” (Gutiérrez, A. y Gutiérrez, A. 2011, p. 146). Esto en el caso de la póliza estándar pues existen otras que cubren riesgos especiales vinculadas a los vicios materiales del inmueble, y tienen especial vinculación con los abogados y agentes de bienes raíces (*realtors*).

2.6.3. Sistema de Transferencia de la propiedad en Australia.

Australia es el país más grande de Oceanía, y su pasado colonial lo liga estrechamente al Reino Unido. De hecho, Aún continúa siendo en la forma una colonia británica al margen de haber conseguido cierta autonomía administrativa, sigue hallándose bajo el imperio de los británicos. Sin embargo, eso refleja fielmente la posibilidad del desarrollo de su derecho abiertamente, por lo que en el aspecto de la transferencia de la propiedad, se encuentra inmerso dentro del sistemas inmobiliario registral, sistema al cual se le denomina Sistema Torrens.

Empero el sistema de transferencia de la propiedad no siempre estuvo bajo este sistema pues existían dos clases de propiedad, pues “la propiedad de quien tenían un derecho que provenía de la Corona, y que suponía por ello una situación inatacable” (Centro de Información jurídica en Línea – Convenio Colegio de Abogados – Universidad ed Costa Rica).

La segunda propiedad era aquella que tenían las personas en virtud de actos testamentarios o sucesorios, la compraventa, donación o actos de disposición. Misma que tenía la peculiaridad de ser insegura pues al no ser una propiedad del tipo freehold, estaba sujeta a ciertas reglas, que podían limitar su transferencia. Es entonces cuando ingresa la figura de Sir Robert Richard Torrens (1857-1884), mismo que desempeñó diversas labores en la otrora Colonia del Sur de Australia, como parte de la Aduana Marítima, de la que conformó el Consejo Legislativo, posteriormente, comenzó su carrera política luego de la redacción de la Constitución democrática de Australia, siendo asambleísta de este país, desde su posición defendió la Ley de propiedad e 1858, otorgando con ello ventajas de seguridad jurídicas a los predios o fincas en Australia, estableciendo así un sistema que pasaría a llamársele con su apellido.

Por este sistema se estableció que era necesaria la inscripción constitutiva a fin de lograr la adquisición de la propiedad, de modo que el registro no solo tiene el carácter publicitario sino que además adquiere fuerza legitimadora y sustantividad absoluta. Al igual que el sistema alemán, se encarga de dividir o fraccionar el acto de transferencia de la propiedad, de modo que no se habla de una teoría de título y modo, ni mucho menos de un consensualismo, pues destierra los efectos traslativos del contrato de compraventa, pues “la característica fundamental del sistema es la separación total del contrato causal y de sus efectos reales en el negocio jurídico de transmisión de inmuebles” (Sánchez, S., 2016., p.67). Como se mencionó, el registro no solo es de carácter publicitario o probatorio de la adquisición originaria del bien como consecuencia de la sanción del fedatario (funcionario del registro público – registrador público en Perú); sino que esa publicidad registral es el que otorga el pleno carácter constitutivo pues “No existen más derechos reales que los surgidos a través del registro, de manera tal que, estando dotados su pronunciamiento de semejante eficacia máxima, quien logre el acceso al mismo adquiere una situación jurídica inatacable” (Sánchez, S., 2016, p. 67-68).

Este sistema se incluye dentro de una familia más grande que halla en sí inmersa a sistemas como el alemán y el suizo, pues “en lo que respecta al grupo de sistemas transmisivos de causa abstracta, acogen -para inmuebles- el sistema registral constitutivo convalidante: (...) el sistema Torrens Australiano” (Fernández, G. 1994, pp. 161-162), mismo que aún sigue vigente salvo con algunas modificatorias establecidas por el Real Property Act – Ley del 27 de enero del año 1958.

2.7. Sistemas de Transferencia de la propiedad en el derecho Latinoamericano.

A los fines de la presente investigación se repasará el sistema de transferencia de la propiedad en Argentina, Brasil, Chile y Colombia.

2.7.1. Sistema de transferencia de la propiedad en Chile.

El derecho chileno, al igual que el peruano, no se encuentra uniformizado en cuanto a los criterios normativos aplicables a la transferencia de la propiedad, en atención a la naturaleza jurídica de los bienes, esto es, la tradicional según la movilidad: bienes muebles e inmuebles.

El derecho chileno, se adscribe al sistema real o de tradición, es decir a un sistema de transmisión de doble causa, mismo que es solo aplicable a los bienes muebles recogidos conforme a los artículos 670 mismo que dispone, literalmente que es la tradición el modo de adquirir la propiedad de las cosas, y que no solo es aplicable a la propiedad sino también a los demás derechos reales, este artículo se corresponde directamente con el artículo 684 del mismo código el que dispone que:

La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:

1° Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente;

2° Mostrándosela;

3° Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;

4° Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido;
y,

5° Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translaticio de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc. (Código Civil de la República de Chile).

Es notorio de la literalidad del artículo, que la tradición queda establecida como la forma de transferir la propiedad de las cosas muebles en el derecho chileno, ratificándose así la aplicación del título y el modo, siendo el título la causa remota y la tradición la causa próxima y/o perfecta en este caso del contrato de compraventa.

Ahora, dentro de los sistemas de doble causa, también se acogen, “ (...) bajo la ficción de reputar efectuada la tradición con la inscripción en el registro inmobiliario: el sistema chileno (artículo 686 de su Código Civil)” (Fernández, G., 1994, p.161)., esta modalidad del sistema de transmisión de doble causa, no es sino una modalidad del sistema Registral Constitutivo No Convalidante o Causal, pues aunque parece un sistema Real o de “tradición”, a causa de la ficción legal implementada, por la participación del registro ligado a la tradición, que se halla inmersa en la inscripción a modo de presunción *iure et de iure* vinculando a la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles a la participación del registro.

El artículo 686 del Código Civil chileno es tajante al señalar que, para la transferencia de bienes inmuebles o, bajo la nomenclatura de este código, los “bienes raíces”, se efectúa la tradición de la propiedad por medio de la inscripción en el Registro del Conservador, y no solo el derecho de propiedad es transmitido de esta manera, también lo serán los derechos de usufructo, de uso, habitación o de censo y el derecho real de garantía hipotecaria, estableciendo al registro como el equivalente a la tradición o, en términos concretos, estableciendo que la tradición en inmuebles solo es posible si se inscribe el acto jurídico en el registro de propiedad correspondiente, lo que implica lógicamente que sea este acto la causa próxima de la adquisición del dominio, o la causa perfecta.

Y es que Andrés Bello, el venezolano nacionalizado chileno, escritor y jurista, redactor del código civil chileno, desde el proyecto del mismo:

(...) se separó, tratándose de la compraventa del derecho francés o más concretamente del Código napoleónico, acogiendo la figura contractual de la segunda época del derecho romano, en donde bastaba que el comprador recibiera la cosa de suerte que entraba a disfrutar de la cosa sin pensar en los efectos de la transmisión de la propiedad (Bonvento, J., 2002, p.3).

2.7.2. Sistema de la transferencia de la propiedad en Argentina.

En Argentina el sistema de transferencia de la propiedad es diverso, pero asume para bienes muebles, conforme al artículo 574 del Código Civil de la República Argentina, el principio de la tradición a fin de obtener el dominio de la cosa. Según Parra, R. (2015), esto se da debido a que Freitas expone o señala como causa la naturaleza de la cosa, pues como consecuencia de una operación lógica, salvaguardando el interés de seguridad jurídica en las relaciones privadas, el derecho real se ha de manifestar por elementos distintos de los derechos personales o crediticios, por lo que el título, como causa generatriz del derecho personal no es, en sí mismo, suficiente para transferir la propiedad en su condición de derecho real, para lo que se requiere signos notorios y visibles de carácter público, siendo para tales fines propicia la tradición del bien mueble. Es por ello que en el artículo 2460 del Código Civil argentino se estableció que solo adquiere la propiedad de un bien mueble por tradición. Empero no solo es aplicable a bienes muebles sino también a los inmuebles, pues el derecho argentino se encuentra inmerso en lo que se denominan como “sistemas reales o de tradición, en los sistemas de doble causa: (...) el sistema argentino (Artículos 577, 2524, 2601 y 2609 de su Código Civil)” (Fernández, G., 1994, p.161).

Además es necesario comprender que en la regulación de los contratos de compraventa, en su artículo 1323, el Código Civil argentino establece que no hay compra y venta de un bien cuando las partes se obligan mutuamente, una a transferir una cosa en propiedad a la otra, quien se obliga a recibirla y pagar el precio en dinero por esta; mismo

artículo que se complementa con el artículo 577° ya mencionado, que fija que “antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real” (Oviedo, J., 2004, p.461). certificándose así que el sistema argentino funciona en base al sistema de doble causa cimentado en la teoría del título y modo, estableciendo a la tradición como este último.

2.7.3. Sistema de Transferencia de la propiedad en Brasil.

En Brasil, para bienes muebles se adscribe a la teoría del título y modo, es decir que pertenece a un sistema de doble causa, en su forma o expresión de sistema real o de tradición, pues “sólo para muebles, recogen el sistema real: (...) el sistema brasileño (artículo 620 y 675 de su Código Civil)” (Fernández, G., 1994, p.161)

Sin embargo, en Brasil se emplea un sistema registral que se ha denominado sistema registral constitutivo no convalidante, pues nace o deviene de la idea de que el registro no es capaz de convalidar los defectos que vicien el acto jurídico causal, es decir, que en ese caso el acto de registro también es ineficaz, pues en su estructura deviene de un acto jurídico inválido, sin embargo, este es necesario para la transmisión de la propiedad pues sirve como modo de transferencia o causa próxima de la misma. Este sistema es el que se emplea en la transmisión de bienes inmuebles, y que, al igual que el sistema real o de tradición se considera un subtipo de los sistemas de transmisión de la propiedad de doble causa; mismo que se encuentra consignado en el artículo 676 del Código Civil brasileño.

2.7.4. Sistema de transferencia de la propiedad en Colombia.

En el derecho colombiano estos poseen un doble régimen de transferencia de la propiedad, agotándose sus efectos jurídicos en el derecho interno pues también poseen una ley especial, la Ley 518 del año 1999, que aplica a la compraventa de bienes en el plano del derecho internacional privado bajo los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional.

El Código Civil colombiano establece en su artículo 1849 al contrato de compraventa como aquel por el que se obligan mutuamente las partes, una a dar una cosa mientras que la otra a pagar en dinero el valor del mismo, al que se le denomina precio: por otro lado también el código de comercio en su artículo 905 señala que la compraventa es contrato por el cual las partes se obligan a transmitir la propiedad de un bien mientras que los otros la pagan en dinero. Es evidente que opera de pleno un sistema de intercambio de un bien por dinero, algo típico en el tráfico jurídico de bienes, pero como Cecchini, X. (2002) señala, es menester ver bajo qué título se realiza ese intercambio. Esto ha generado un debate en el derecho colombiano considerando como el principal pues indican que el derecho colombiano (su Códificación) no adoptó el sistema consensualista del Código de Napoleón, por lo que, *contrario sensu*, implica que adopta la teoría del título y modo, “y en consecuencia la palabra “dar” utilizada por dicha norma significa simplemente que el vendedor se libera de sus obligaciones entregando materialmente la cosa al comprador y procurando su posesión” (Oviedo, J., 2004, p. 463).

Es por ello que el código civil colombiano, se encarga de regular al contrato de compraventa como única fuente de las obligaciones pues “Vendedor y comprador se vincula bajo los efectos de un título que, como tal, genera obligaciones” (Bonvento, J. 2002, p.3). Esto por otro lado no sucedió en Francia donde se considera al día de hoy a la compraventa como título y modo, causa remota y causa perfecta, como única fuente transmisora de la propiedad.

Ahora también se establece por el artículo 1880 del Código Civil colombiano, las obligaciones del enajenante, mismas que simplemente son dos, de un lado tenemos a la efectivización de la obligación de dar, es decir, la tradición; y por otro lado, tenemos a la obligación de sanear el bien que ha de vender, aunque el la tradición en este caso no funciona en su sentido lato o más amplio, si no que se refiere a la simple entrega del bien,

es decir la tradición como perfeccionamiento del deber dar. Por ello Bonvento, J. (2002) indica que “de ahí que cumple el vendedor con su obligación en una primera situación haciendo la entrega de la cosa, y posteriormente saliendo al saneamiento de ley” (p. 4).

2.7.5. Sistema de transferencia de la propiedad en el Perú.

En el derecho nacional nuestra raigambre romanista ha sido grande a lo largo de nuestra historia, esto se evidencia en la adopción de un sistema bifurcado para la transferencia de la propiedad en el Perú. De un lado tenemos la transferencia de bienes inmuebles misma que se da por el principio del solo consenso bajo el sistema de unidad del contrato mientras que para los bienes muebles se sigue la teoría del título y el modo.

Ahora bien, la aplicación de estos sistemas distintos para la transmisión del derecho de propiedad según se traten de bienes muebles e inmuebles es, cuanto menos, problemática, en el derecho nacional, principalmente al contrastar los efectos jurídicos que tiene uno y otro sistema respecto de la seguridad jurídica, pues en primer lugar, el contraste de estos sistemas para con nuestra realidad socio-jurídica es preocupante.

El artículo 947° del Código Civil peruano establece que para transferir un bien mueble es necesaria la tradición al acreedor en mismo, admitiendo como únicos impedimentos los que por disposición legal se establecieron; por otro lado, el artículo 949° del Código Civil de 1984, establece el principio del solo consenso al consagrar que la sola obligación de enajenar un inmueble, convierte al acreedor (*accipiens*) en propietario del mismo, algo que es contrario al acto traslativo *in factum* del derecho romano al que Emilio Betti define como “acto bilateral de transferimiento y que debía servir para llevar a cabo la actuación de arreglos de intereses idóneos para justificar la adquisición del dominio” (p. 12). Es precisamente por ello que el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú es contrario a la que tradicionalmente primó en roma, misma que conocemos bajo la teoría del título y modo. Ancajima, J. (s.f.), afirma que de la literalidad del artículo 949° del

Código Civil nacional, se aprecia la ausencia de *modus acquirendi*, pues solo la obligación produce efecto traslativo, no requiriendo perfeccionamiento ulterior.

En el derecho nacional la doctrina tampoco es unánime en esto, pues, si bien todos concuerdan en el hecho innegable de que solo el contrato de compraventa convierte al comprador en propietario, difieren en cuanto a qué sistema adopta el derecho nacional, pues por ejemplo, sin ir muy lejos Felipe Osterling Parodi afirma que, en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, se hallan presentes tanto el título y el modo, asumiendo esta teoría, por lo que considera al acuerdo como perfecto título y perfecto modo para ceder el derecho de propiedad (Osterling, F. 1985, p. 293), empero figuras como Enrique Varsi Rospigliosi señalan que el Derecho peruano se encuentran subsumidos al sistema francés de transferencia de la propiedad, en cuanto a la propiedad inmueble respecta. Esto último por ejemplo es ratificado por Gastón Fernández Cruz, quien señala:

(...) el consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar – en un sistema jurídico dado- las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza. (Fernández, G., 1994, p. 175).

Esas funciones que debe impulsar un sistema ideal de transferencia son la maximización de la circulación de bienes en el tráfico jurídico, la reducción de costos de transacción así como la reducción o eliminación de los riesgos de adquisición, es decir promover la seguridad jurídica.

Perfectamente se permite gestar una aceleración en la circulación de la riqueza si solo la manifestación de voluntad es quien perfectamente permite transmitir un bien inmueble en el derecho peruano, pues se dan “una sucesión de transmisiones que dan lugar a su vez a nuevas situaciones de riqueza permitiendo que los individuos satisfagan sus

necesidades con aquellos que resultan escasos” (Ancajima, J., s.f.). Además de eso, la reducción de los costos de transacción es evidente al aplicar el principio del *solo consensus* pues no es necesario algún gasto de inversión extra que permita la concreción de la propiedad.

Ahora, Max Arias-Schreiber Pezet respecto del consensualismo en el código nacional, citando a De la Puente y Lavalle indica que según él es perfectamente posible que la propiedad sea transmitida realice mediante un solo acto, que determina que la consumación de los efectos traslativos se perfeccione por la sola fuerza del consentimiento, convirtiendo así al comprador inmediatamente propietario. Pero ¿cuál es el real rol del contrato?, por ejemplo Alfredo Bullard indica que el derecho peruano sigue la teoría francesa de transferencia de la propiedad, misma que se transfiere en un solo acto con el perfeccionamiento del contrato, pero le resulta incoherente a los fines de la propiedad pues:

El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para excluirlos de la relación. (Bullard, A. 1991, p.147).

Entonces puede decirse que el premunir al contrato de efectos reales es impropio, en principio porque un contrato genera un derecho obligacional, mas no uno real, aunque este busque ese fin, y segundo porque no es un mecanismo de publicidad de la propiedad, ya que como dice Luis Pizarro Araguren “que el carácter de oponibilidad de una relación jurídica no es otorgado por la ley sino por los mecanismos de publicidad, tanto para derechos reales como personales (...)” (Ancajima J., s.f.) ratificando la separación de estas dos clases de derechos y resaltando el hecho que es necesaria la presencia de mecanismos de publicidad para la oponibilidad de los derechos reales y personales, entonces, si necesitan tales vínculos,

podemos concluir que por sí solo el contrato no es fuente generadora de la publicidad del derecho de propiedad.

Es por ello que precisamente para Fernando Cantuarias Salaverry indica que de imaginarnos un sistema donde derechos oponibles nazcan del solo contrato, es decir, que tengan plenos efectos *erga omnes*, entonces nadie compraría, ni prestaría dinero a cambio de la constitución de alguna garantía a causa de que los costos de transacción se incrementarían como resultado de la inseguridad jurídica, siendo por eso que resulta curioso, a los ojos de este autor, que juristas puedan considerar que el artículo 949 del Código Civil peruano, permita la constitución del derecho de propiedad en forma absoluta, con efecto *erga omnes* en base al solo consentimiento para el caso de bienes inmuebles, siendo un análisis inaceptable ya que implica un claro contradictorio lógico para incentivar la libre circulación de bienes.

Es por ello que se han gestado, en el seno de nuestro derecho a la institución del registro, mismo que a su vez, para saldar las dificultades del sistema consensualista, instituyó el principio de la buena fe para llenar los defectos del sistema de transferencia de la propiedad, pero “la buena fe al momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho, y podría ser que un tercero logre esto antes, Pero éste ya es un riesgo calculable” (Bullard, A., 1991, p. 151).

Vemos aquí que este principio registral, propio de un sistema registral declarativo, no hace sino afianzar los defectos del sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria, pues si el solo consenso por sí mismo genera perfecta transmisión del derecho de propiedad, no debería necesitar la presencia de otro elemento externo, como lo es el registro, para afianzar los efectos y poderes plenos que otorga la propiedad conforme al artículo 923 del Código Civil.

Otro de los grandes problemas es la aversión al riesgo, que no es sino el imperio de la desconfianza al momento de efectuar los gastos de adquisición de un bien -inmueble en este caso- generando así incremento de los costos de transacción, un ejemplo típico es precisamente la necesidad de tener que afrontar costos externos al de la sola adquisición del inmueble, pues necesariamente para adquirir la propiedad plena -o una verdadera propiedad- tendrá que acudir al registro a fin de inscribir el mismo y, recién ahí, premunirse de los poderes *erga omnes* que es un rasgo característico de los derechos reales.

Si bien el riesgo es inherente a toda transacción, en caso de la transferencia de la propiedad de bienes costosos, suelen ser los más premunidos de barreras de protección para el comprador, pues este es quien debe cautelar su derecho siendo que mayoritariamente la asunción del riesgo recae sobre él conforme se aprecia de la aplicación de la teoría del riesgo en el artículo 1138, referido a las obligaciones de dar bien cierto, que son las que importan a la transferencia de la propiedad mueble e inmueble. Es por ello que “un sistema coherente que dé seguridad a los adquirentes elimina como consecuencia los efectos de la aversión al riesgo, debe dar esta seguridad al momento en que se adopta la decisión económica” (Bullard, A.,1991, p. 151).

Y es que todo proceso de adquisición de la propiedad es un análisis de costo beneficio, nadie adquiere una casa si no para habitarla, o percibir una renta producto de la explotación económica de ese bien (arrendarla, darla en usufructo, etc.) y es por eso que al realizar esa opción la misma no debe ser tomada por azar ni mucho menos generar dudas sobre la calidad del derecho que se tiene.

La sola buena fe como principio rector de un sistema registral con rol coadyuvante a los fines del artículo 949° en el derecho nacional resulta cuanto menos perjudicial a los efectos de un verdadero e ideal sistema de transferencia de la propiedad, tal cual se ha referido sobre este anteriormente, y es que “la buena fe al momento del contrato no es

suficiente para asegurar la adquisición” (Bullard, A., 1991, p. 151) y es que precisamente los fines de este principio registral radican en preservar la aparente buena intención del comprador; es decir, su función es cautelar un derecho por una presunción legal amparada en la moral, tan subjetiva como el deber de diligencia del buen comprador, algo que no puede identificarse dentro del artículo 1135 pese a que algunos pretendan hacerlo, ya que recordando, el artículo 1135 lo que hace es cautelar el derecho del acreedor de un bien cierto, a causa de la efectiva celebración de un contrato, premiando con la acreencia al que inscriba su derecho, o en su defecto a quien tenga título de fecha anterior (fecha cierta más antigua).

Como antes se ha mencionado, parece premiar al comprador diligente, pues en apariencia “el sistema está diseñado para proteger el comportamiento racional del individuo, su función principal es determinar un marco de seguridad jurídica a terceros (potenciales adquirentes), sobre todo en lo que respecta a la protección del primero que inscribe” (Bullard, A., 1991, p.149). pretendiendo así enervar el riesgo vigente en la transferencia de la propiedad inmueble solo como consecuencia de la aplicación del registro externo al proceso de transferencia de la propiedad. Y es que en un relato más simple, solo un comprador diligente alcanzará la plena defensa de su derecho de propiedad inmueble en el sistema consensualista nacional, como consecuencia no del mismo sistema de transferencia de la propiedad, si no como derivada de acciones pertinentes a fin de no ver afectado su derecho y por ende a sí mismo, siendo que el derecho de propiedad es un derecho fundamental y de primera generación.

Es por eso que Gunther Gonzáles Barrón señala que el sistema consensualista posee una serie de desventajas: tales como que en principio “el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre cabe que este haya procedido a una doble venta, contra lo que el consenso queda inerte” (Gonzáles, G. 2016, p. 650). Otro de los problemas que indica es la presencia de cargas sobre los inmuebles, pues

estas no se exteriorizan posesoriamente, para lo que es imprescindible la presencia de algún sistema publicitario que se constituye en una antítesis o excepción del principio consensual, de caso contrario, no cabría la posibilidad de tener un sistema crediticio y financiero funcional, sin embargo, el defecto más importante que Gunther Gonzáles Barrón indica es el de carácter intrínseco: la clandestinidad, “por lo cual las transferencias pueden quedar ocultas en daño de terceros” (Gonzáles, G., 2016, p. 651).

Motivos por el cual una alternativa de un sistema de transferencia de la propiedad basado en el registro, cobra completo sentido a luz de la lógica y más aún si se busca afrontar la informalidad en el sistema de transferencia de la propiedad en el Perú, para lo cual un sistema fundado en la en el poder coercitivo o coactivo de la ley puede ser una solución saludable a nuestra realidad socio-jurídica.

PARTE IV: DE LOS SISTEMAS REGISTRALES

2.8. Definición de Sistema registral.

Un sistema registral podría definirse como aquel conjunto de principios y normas que regulan los registros públicos, entendiendo a estos como aquellos conducentes a brindar publicidad plena o virtual de las situaciones jurídicas, sus titulares y las cargas o gravámenes que las afecten.

La doctrina tiene diversas definiciones sobre esta institución, de un lado tenemos a Alfonso Cossío y Corral, quien dice que sistema registral es:

El conjunto armónico de principios que aspira a producir, mediante la institución del Registro de la Propiedad, la necesaria seguridad al tráfico de los inmuebles y a la constitución de relaciones reales sobre los mismos, ofreciendo con ello sólidas bases en que asentar el crédito hipotecario. (Cossío y Corral, A. p.126).

Este concepto va de la mano del derecho registral como tal, al que Gunther González Barrón refiere que “La idea del “registro” nace con la finalidad de simplificar la prueba de los derechos sobre bienes, normalmente compleja, de tal suerte que el propietario pueda exhibir un título fehaciente y con alto grado de certeza para efecto de protección, conservación y circulación del derecho” (González, G., 2016 p. 124).

El profesor argentino Fueyo Laneri Fernando define al registro como:

Un acto jurídico formal, documentario, que se perfecciona con la intervención de un funcionario público o privado, que es y hace historia continuada, trascendente, entre partes intervinientes y frente a terceros, en mayor o menor grado, y que integra el orden público jurídico, social y económico de una nación dada en un momento dado. (Fueyo, F., 1982, p. 21).

El sistema registral, con su correlato normativo “derecho registral” halla trascendencia en la necesidad de tener publicidad sobre actos de disposición o gravamen de

bienes, relevantes para la vida económica de una sociedad y para los fines del tráfico jurídico de bienes. Por ello Gunther Hernán Gonzáles Barrón señala, citando a Vallet de Goytisolo, que el registro “es un instrumento de publicidad, con fines de prueba y garantía, que protege a los titulares en cualquier momento de la vida del derecho, sea durante su existencia, para fines de conservación, sea en la circulación, con fines de seguridad” (Gonzáles G., 2016, P. 62).

Como se ha mencionado, un sistema registral está orientado a una labor específica como lo es el de dar pleno conocimiento de la realidad jurídica del país en cuanto a diversas situaciones jurídicas de orden patrimonial pues, como Gunther Gonzáles Barrón afirma:

(...) la trascendencia del Derecho registral se encuentra en otorgar publicidad de determinados actos o negocios que son relevantes para la vida y el trágico económico de una sociedad, pues se trata de situaciones de la vida civil, propias de cualquier ciudadano, tales como la adquisición de un inmueble, la constitución de una sociedad mercantil, el otorgamiento de un acto de apoderamiento, entre otros. (Gonzáles, G., 2016, p. 124).

Definitivamente el registro es un instrumento que permite la publicidad de situaciones jurídicas, que sirven o se orientan a la probanza para generar garantía en el tráfico jurídico de bienes con mayor certeza y seguridad jurídica.

Por ello, Gunther Gonzáles Barrón indica que la “la buena teoría es aquella que considera el Derecho registral como parte del Derecho civil, dedicada al estudio sistemático de la tutela de los derechos por medio del fenómeno publicitario” (Gonzáles, G., 2016, p. 62). Entrañando nuevamente el rol trascendental del registro, lo que teleológicamente fundamenta su existencia, la función publicitaria del mismo y su ineludible valor probatorio.

2.9. El ser y la razón de ser del Registro.

2.9.1. El ser del registro.

El derecho como creación cultural e intelectual del hombre, no es ajeno a los fines especiales en la vida social del ser humano e igualmente el derecho registral se haya teleológicamente definido en cuanto a su trascendencia jurídica para la vida en sociedad. Es por ello que se habla del ser del registro y la razón de ser del registro. El primero implica su esencia, lo que entraña al individuo o ente abstracto, y el segundo, el por qué y para qué de su existencia.

En principio cuando se refiere el derecho registral, es ineludible mencionar a la publicidad registral, pues constituye el sustrato axiológico elemental del registro, pues valorativamente, un registro no puede considerarse como tal si no es capaz de generar publicidad a la comunidad respecto de la situación jurídica que él se consigna.

La publicidad registral es, como indica Gonzáles Barrón “el sistema institucional de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico” (Gonzáles, G., 2016), es decir, que la publicidad registral se halla institucionalizada, precisamente en lo que conocemos como registros, pues estos, implican un soporte personal -por cuanto como institución son personas jurídicas de derecho público- que se orienta a la manifestación o difusión en la colectividad de situaciones jurídicas a fin de que el titular de estas pueda ejercer plenamente las acciones conducentes a cautelar su derecho así como le sirva como prueba para el momento que decida la disposición del bien o derecho patrimonial.

Los profesores españoles José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Snacho Berdullida, citando a Renato Corrado en su definición de publicidad registral, indican que esta es “una declaración señalativa proveniente de órganos públicos (acto administrativo en sentido técnico) dirigida a hacer patente la verificación de hechos idóneos para producir

modificaciones jurídicas que puedan interesar a la generalidad de los ciudadanos” (Lacruz, J. y Sancho, F., 1984, p.13). Es importante desprender de esta definición que indica que la publicidad no es una forma institucionalizada, si no que se trata de una declaración que tiene su origen en una institución pública y que se dirige a los terceros, la comunidad la que se halla vinculada por los efectos de publicidad que derivan del registro.

Entonces podemos decir que la publicidad registral consiste en la exteriorización o en brindar notoriedad, por medio de una institución pública, a determinados hechos a fin de brindar plena certeza, reducir los riesgos y acelerar el tráfico jurídico y que necesita o requiere la presencia de un ente organizado para poder desplegar, comunicar, pregonar la situación jurídica de los bienes del registro. Y es que además debe añadirse que el derecho peruano establece que esta función, conforme al artículo 2012 del Código Civil señala que “se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”, lo que permite al derecho peruano, encumbrar su sistema de presunciones legales, pues notoriamente esta norma contiene una ficción, pues es imposible presumir como de pleno conocimiento una información inabarcable -la gran extensión de los derechos inscritos en el registro- siendo por eso que esta norma lo que pretende decir es que “los interesados cuentan con la posibilidad de conocer la información registral, en tanto esta constituye una exteriorización continuada y organizada de titularidades al alcance del público en general” (González, G., 2016, p. 69).

2.9.2. La Razón de ser del registro.

En el derecho privado, es elemental el poder demostrar fehacientemente la titularidad de un sujeto frente a una cosa: no por nada en Roma se hablaba de la *plena in re potestas*, es decir del derecho pleno del propietario sobre su bien, Sin embargo, esos derechos deben ser claramente visibles, cognoscibles para con la sociedad, o los terceros que asumen una

posición pasiva respecto de la relación patrimonial ajena. Por ello el dilucidar la real condición de propietario amerita un medio de prueba lo suficientemente adecuado a tal fin.

Este problema es la fuente de la que emana la razón utilitaria del registro, pues más aún cuando se está ante un proceso de enajenación de una cosa, debe zanjarse en favor de quien se constituirá en adquirente, el hecho de que el transferente sea el propietario del bien, premisa teórica que requiere una prueba de carácter plena y suficiente. En el derecho registral peruano, conforme puede apreciarse del artículo VI del Reglamento General de Registros Públicos, se ha establecido el principio de Tracto Sucesivo, este se define como que “ninguna inscripción, salvo la primera se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario”, lo que permite ver que no hay acto de inscripción además de la inmatriculación, que sea ajeno al registro, por ende, necesita tener un antecedente registral.

Por eso Gunther Gonzáles Barrón, señala que “en efecto, la dificultad que entraña probar toda la cadena de las sucesivas transmisiones que se han producido desde el titular inicial hasta llegar al propietario actual, se llamó desde el derecho romano como *probatio diabólica*, lo que alude a una prueba muy difícil o imposible de alcanzar” (Gonzáles, G., 2016, p. 73).

Rememorando uno de los principios del derecho más elementales: nadie puede transmitir más derecho del que posee; por lo que si se quiere enajenar de modo eficaz es menester ser propietario y probar dicha condición (Petit, E., 1961). Es por ello que podemos decirse que la vocación del registro es que él sea el sustituto formal de la incertidumbre que pesa sobre el origen de la propiedad de modo que se constituya en fuente cierta de esta propiedad, además de coadyuvarse de la propiedad registral tal cual indica José Antonio Álvarez Caperochipi, para quien “El Registro consuma una ruptura radical con los orígenes privados e inciertos de la propiedad y pretende incorporar la propiedad inmobiliaria a un

libro público” (Álvarez, J., 1995, p. 77), de esa manera es que el Estado ha institucionalizado la propiedad bajo un sistema de título formal, que funciona como “prueba de los derechos, por cuya virtud, el comprador o el acreedor hipotecario, podrá tener certeza de su adquisición” (González, G. 2016, p.75). Es por ello que el principio de publicidad, y la delimitación teleológica del registro, se hallan en el ser fuente de conocimiento público, prueba exacta – o idealmente exacta en los sistemas registrales declarativos- de una situación jurídica.

2.10. Principios del Derecho Registral.

Como toda rama del derecho, la construcción jurídica del registro se cimenta en base a determinados lineamientos iusfilosóficos que tienen el rol de encaminar la función registral y asimismo, de establecer el sistema registral al que se adscribe un derecho.

Gunther González Barrón, señala que estos principios rectores son “criterios fundamentales de solución de diversos problemas surgidos en torno a la conservación e intercambio de derechos patrimoniales, en los que se utiliza como base la inscripción en el registro”. (González, G., 2016, p. 565).

Además señala que una buena porción de la doctrina no los considera como postulados teóricos de obligatorio conocimiento a los efectos prácticos del registro, sino que los relativizan de modo que no serían sino “reglas técnicas que deciden cuestiones esenciales en el tráfico jurídico patrimonial, pero no tienen la categoría de principios generales del sistema jurídico” (González, G., 2016, p. 565).

Los principios registrales a su vez se subclasifican en dos grupos: de una lado los principios sustantivos, que son aquellos destinados a dirimir los conflictos existente entre derechos en base al principio de publicidad; y los principios formales que son normas técnicas de procedimiento y que pretenden alcanzar la inscripción.

En el derecho peruano los principios que se adoptan son:

2.10.1. Principios sustantivos.

2.10.1.1. Principio de inscripción declarativa.

Este principio es aquel que se halla vigente en el derecho peruano en atención a que la transferencia de la propiedad se da como consecuencia del solo contrato (artículo 949 del Código Civil), por lo que el registro de la propiedad inmueble asume un papel pasivo en aquel proceso traslativo, pero surte efectos declarativos sobre el derecho, en casos de resolución de conflictos que se vinculen a la titularidad del derecho de propiedad, o en supuestos de incompatibilidad de derechos reales. “El fundamento de esta regla es evitar el riesgo de la doble venta, pues le falta de publicidad haría que un comprador siempre se encuentre en la incertidumbre de ser o no el primero, con la indeseable falta de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario” (González, G., 2016, p. 566). Este principio se desprende del artículo 1135 del Código Civil, al denotar este el carácter delimitador de preferencia de la titularidad en favor del propietario que inscribió primero su derecho.

2.10.1.2. Principio de la fe pública registral.

Se encuentra establecido en el artículo 2014 del Código Civil de 1984 este principio “protege a un tercero de buena fe que inscribe su título adquisitivo oneroso, aunque después se anule, rescinda o resuelva el título previo al suyo” (González, G., 2016, p. 566). Este principio halla su fundamento en la necesidad de cautelar el derecho del propietario diligente frente a posibles supuestos de ineficacia o vicios de nulidad de algún acto jurídico pretérito: Ejemplo lo establecido en el artículo 948° del Código Civil, o en supuestos tales como el resultante de la invalidez o ineficacia de un acto jurídico traslativo previo al que le ha otorgado la propiedad. Este principio se encuentra ausente en el sistema registral constitutivo, pues no es necesario a los fines del registro constitutivo, como se ha mencionado este principio cautela el derecho de propiedad del adquirente *-dominus-*, algo que en el registro constitutivo no ocurre a causa de ser recién el registro el que declara la

transferencia de la propiedad, convalidando así todo vicio previo que pudiere pretender enervar los efectos de la propiedad adquirida por el titular registral, por lo que se le considera como registro constitutivo convalidante, no necesitando la fe pública registral que presume un comportamiento intachable del rogador, algo que puede interesar a la moral, pero no al tráfico jurídico de bienes.

2.10.1.3. Principio de legitimación.

Se encuentra establecido en el artículo 2013 del Código Civil de 1984, este principio consiste en “la presunción de exactitud de las inscripciones, por lo cual los derechos que se publica se reputan concordantes con la realidad jurídica” (González, G., 2016, p.567). Este principio adquiere relevancia a nivel judicial, contractual y por supuesto en el ámbito administrativo. En sí mismo es una presunción, por lo que no se constituye en norma atributiva de algún estado jurídico, derecho ni mucho menos en principio protector o cautelar de los derechos inscritos en el registro, lo que permite la actuación de prueba en contrario, en caso de discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

2.10.1.4. Principio de prioridad.

El derecho registral, también posee un principio en virtud del cual se pretende decidir o dirimir los derecho compatibles, es decir, no solo se aboca al principio de inscripción declarativa, aplicable a conflictos de derechos incompatibles, sino que además cautela el derecho de aquellos que poseen derechos reales de distinta jerarquía sobre un mismo bien, es decir: ante la concurrencia de estos, se preferirá el anterior, o el que se encuentre previamente inscrito, como sería el caso de concurrencia de un derecho de arrendamiento sobre uno de propiedad, o el de un derecho de usufructo sobre la propiedad, e inclusive la primera garantía hipotecaria constituida respecto del inmueble, frente a los demás derechos de reales de garantía inscritos con posteridad a este. Se encuentra regulado en el derecho

peruano en el artículo 2016 del Código Civil vigente, “por el cual la inscripción más antigua otorga un mejor rango en orden al cobro y ejecución” (González, G., 2016, p. 567).

2.10.2. Principios formales.

2.10.2.1. Principio de titulación pública.

Se halla regulado en el artículo 2010 del Código Civil Peruano, según el cual las inscripciones, se extienden solamente en mérito a un instrumento público “cuya principal característica es que da fe del acto o contrato en él contenido” (González, G., 2016, p. 567).

2.10.2.2. Principio de tracto sucesivo.

Este principio implica la necesidad de fijarse en los antecedentes registrales a fin de identificar a quien participó en el acto jurídico traslativo como vendedor, entendiéndolo como legitimado para la realización de dicho acto de disposición, pues este principio se sustenta en que las inscripciones de derechos, solo se han de extender si ha estado inscrito previamente el derecho del transmitente, hallando así el adquirente justificación y así sucesivamente. Se encuentra regulado en el artículo 2015 del Código Civil de 1984. Y es que, como Álvaro Delgado Schaelje, ex vocal del Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao “es un presupuesto técnico-formal para practicar las inscripciones, en la medida en que exige una concatenación causal entre estas, estableciendo así un requisito previo y un orden definitivo al momento de extenderlas” (Delgado, A., 1999, p. 260).

2.10.2.3. Principio de Rogación.

Es aquel denominado también como principio de instancia e implica que inscripción en registros públicos solo se da como consecuencia de la solicitud presentada por la parte interesada, a lo que se le llama rogatoria. Se encuentra regulado normativamente en el artículo 2011, mismo que indica que los registradores han de calificar la legalidad de los títulos y documentos presentados, analizando la capacidad de los otorgantes así como la validez del acto sin tener incidencia directa en la eficacia del acto jurídico contractual, ni

capacidad para declarar su nulidad. Además, como norma formal, tiene su desarrollo en el artículo III del Reglamento General de los Registros Públicos.

2.10.2.4. Principio de Especialidad.

Por medio de este principio se pretende clarificar o denotar a la institución registral, es decir busca la especialización o se focaliza en situaciones jurídicas particulares y específicas sobre la materia objeto de inscripción, que puede ir desde un acuerdo societario que modifica algún apartado del pacto societario, hasta llegar al establecimiento de, específicamente, un derecho real de garantía hipotecaria recaída sobre un inmueble. José Manuel García García refiere sobre este que:

Este principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. A este solamente deben acceder situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial. (García, J., 1988, p. 552).

2.10.2.5. Principio de calificación.

Al igual que el principio de rogación, se encuentra establecido en el artículo 2011 del Código Civil peruano e implica un dispositivo normativo de carácter funcional, primigeniamente, pues se vincula a la función pública que realiza el registrador, “con el objeto que comprueben la legalidad de algunos aspectos del título inscribible, en función al contenido en el instrumento y a los antecedentes del registro” (González, G., 2016, p. 568).

2.11. Sistema de folio real y el Sistema de folio personal.

La tratativa del sistema de folios es trascendental a los fines de estudiar la naturaleza de un sistema registral, pues estos se vinculan estrechamente a la legitimación que tiene el titular registral respecto del bien por ser el soporte físico o inmaterializado que, en el seno de los registros públicos denota la publicidad y prueba suficiente de una realidad jurídica

registral. El sistema de folios presenta así dos posturas contrarias, la primera es la del folio real, la segunda la del folio personal.

2.11.1. El folio real.

Este se da cuando el registro se encuentra organizado en base al objeto, el cual se constituye en la unidad fundamental del mismo, siendo en el caso de un registro inmobiliario por ejemplo, el inmueble, motivo por el cual “se abre una hoja que concentra todo el historial jurídico de cada finca” (González, G., 2016, p. 347). Es en este folio -hoja física o inmaterializada en los registros electrónicos- donde se han de inscribir aquellos actos jurídicos que modifican una relación jurídico patrimonial y que por ende, afectan es estatus del bien. Este sistema permite que quien se encuentre interesado en el saneamiento de un inmueble o en corroborar la realidad jurídica del mismo, únicamente recabe en la historia jurídica inscrita en la hoja respectiva, misma que se almacena en base a las características del inmueble.

La ventaja del sistema de folio real, ha sido descrita en la doctrina y cabe resaltar respecto de esta lo expresado por José Manuel García García, Maestro y referente del derecho registral español, quien dice que el principal beneficio de este sistema es que “ofertan al público un solo propietario por cada finca” (García, J., 1995, p. 269). De este sistema se desprende que para que un sujeto sea reconocido como propietario, su derecho debe nacer de un título traslativo de dominio que provenga del titular registral, quien se encontrará consignado en el folio real en el que se encuentra inscrito el inmueble, eso implica que, al momento de la calificación del título a nivel del registrador público o quien haga sus veces, se le archive y rechace el título no otorgado o transmitido por quien figura inscrito en el folio.

Como el profesor José García García indica esta suerte concatenación de la información registral es el rasgo distintivo de un sistema registral que se cimenta en el

sistema o principio del folio real complementado con el principio de tracto sucesivo, lo que en palabras de Gunther Gonzáles Barrón, “permite que la hoja abierta para cada inmueble contenga el historial jurídico completo y ordenado de las sucesivas transferencias que afectan al bien” (Gonzáles, G., 2016, p. 348).

Esta técnica legislativa no es actual, ni mucho menos es producto de un proceso revolucionario radical del derecho por la gran incidencia del humanismo, la ilustración y el enciclopedismo -como sí pasó en Francia- sino que, como señala Cano Tello, citando a Lacruz, desde los albores de la historia “se consignaban los negocios en los libros por orden cronológico, pasando después a separar las distintas clases de negocios, llegando por último al folio real que consiste en reservar hojas independientes para las inscripciones relativas a cada inmueble” (Cano, C., 1992, p.40).

El folio real se vincula al principio de especialidad del registro pues, como se ha indicado, en el folio -en la hoja física o inmaterializada- importa la determinación de todas las situaciones jurídicas que han de ser materia inscribible sobre la finca, en el que se vinculan al titular registral, el derecho real que el titular registral posee -puede tratarse de un propietario, arrendatario, usufructuario, o quien detenta algún derecho real de garantía tales como la hipoteca y la anticresis- por lo que todo esto no son sino diversas manifestaciones de la especialidad o determinación de los registros públicos.

Es por ello que además, el folio real para algunos en la doctrina constituye un medio técnico, elemento instrumental, o unidad de información de los registros públicos en base a la unidad registral: la finca. Es así como “se revela más operativa al concentrar los elementos más o menos variables, objeto de la publicidad (titularidad, derechos, condiciones, cargas, etc.), entorno al menos variable de todos ellos, como es la finca” (Manzano Solano, A., 1991, p. 198). Por ello el principio de folio real se despliega sus efectos a partir de la extensión de la inscripción por el Registrador Público o quien haga de sus veces, como consecuencia de

la calificación aprobatorio o positiva del título a incorporar en el registro de un predio ya inmatriculado.

Eso es lo que en el sistema peruano a llevado a adoptar este principio, el de folio real, pues a efectos prácticos resulta más ventajoso que el personal, pues solo habrá un registro por un predio, y no varios por cada titula registral. Eso motiva a que en el derecho nacional, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en su artículo 16 establezca la obligatoriedad de requerir el informe técnico de área de Catastro de Registros Públicos, misma que no debe confundirse con las Oficinas de Catastro que poseen los municipios. Este informe lo que pretende es determinar si el predio a inmatricular no se superpone o no se encuentra inscrito con anterioridad, representando otra manifestación del principio de especialidad.

Es así como el sistema de folio real ha sido el que el derecho registral peruano tome a los fines de su registro de propiedad inmueble, como puede verse del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por resolución de la SUNARP N° 126-2012-SUNARP/SN mismo que establece “por cada bien (...) se abrirá una partida registral independiente en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno”⁴.

Por ello, estando a lo antes referenciado, la efectivización de esta técnica registral se halla en manos del registrador público, quien apertura las partidas registrales, estableciendo a estas como unidades inmobiliarias, que, lógicamente nacen de la desmembración de un predio mucho mayor, siendo que la unidad objetiva del registro es la finca, por lo que la extensión de los asientos de inscripción y la oponibilidad de los títulos en él inscritos son consecuencia de la información consignada en el folio real.

⁴ Artículo IV, Título Preliminar del TUO del Reglamento General de Registros Públicos.

2.11.2. El folio personal.

En este sistema o técnica registral, la base de datos no se cimenta sobre el inmueble, sino que se constituye a modo de archivo documentario, que sigue un orden alfabético en su índice. En esta técnica “Los actos, negocios o decisiones judiciales se agrupan cronológicamente sin tener en cuenta su correspondencia a un bien inmueble determinado” (González, G., 2016, p. 347). Este sistema registral deriva en que para buscar datos consignados en el registro, deberá necesariamente expresar el nombre del titular o titulares uno o más bienes inmuebles, pues este no es el que determina el registro si no que, al contrario de la técnica del folio real, es la identificación o determinación de los titulares registrales la que permite la posibilidad de conocer el historial registral del inmueble.

Es por ello que no constituye más que un escollo para los terceros el consultar el registro, pues se necesita conocer los datos de identificación del titular registral para poder acceder a los asientos registrales y consultar información, Este sistema entraña sentimientos encontrados a nivel doctrinal pues como Louis Josserand es un sistema técnicamente imperfecto, por lo que quienes lo han acogido en su momento optaron por ver la opción de su modificación.

Todo sistema registral que se funde en la técnica del folio personal, no requiere la aplicación del principio de tracto sucesivo, pues “simplemente se archivarán los documentos que contienen los actos de mutación de los derechos reales sobre inmuebles, pero esa información se guarda de manera cronológica, es decir, no se agrupa la información en una hoja determinada para cada bien” (Gonzales, G., 2016, p. 348).

En esta técnica registral la figura del registrador es meramente contemplativa, pues no es un ente calificador sino que únicamente se encarga de la recibir la documentación para posteriormente anexarla cronológicamente en el registro personal correspondiente a fin de generar la publicidad registral. Vemos que las facultades del registrador como

personificación del registro para la evaluación documentaria para el filtro de la información y certificación de la eficiencia del título, pues no es capaz de verificar el que el transmitente o vendedor haya tenido título previo que sustente y le legitime al acto de disposición realizado (enajenación del inmueble).

Ahora, pareciera poco idóneo que un legislador sensato asumiera que el registro, cimentado en el folio personal, sea instrumento jurídico eficiente para los fines del derecho registral. Empero, si bien hoy es complicado hallar sistemas registrales que se adscriban a esta postura, hasta mediados del siglo pasado, era empleado por potencias europeas tales como Francia e Italia, sistemas que tomaron como referencia a las personas, como aquellos sujetos de derecho que por su condición de tal son capaces de celebrar actos y negocios jurídicos.

En Francia se da el ejemplo más relevante de esta técnica de registro: el folio personal era el imperante desde la dación del Código Civil napoleónico hasta que, como consecuencia de un boom hipotecario, consecuencia del proceso de reconstrucción del país tras la segunda guerra mundial, se decidió modificar su estructura mas no abandonar a plenitud esta técnica. Gunther Gonzales Barrón apunta que en Francia se “dictó el Decreto del 04 de enero de 1955, todavía en vigor, cuya exposición de motivos ya puso de relieve el rápido ritmo de las transcripciones, en comparación con la lentitud de un sistema inmobiliario anclado en el folio personal” (González, G., 2016, p.349).

Sin embargo se visualiza la falta de valentía del legislador para modificar radicalmente la técnica de inscripción en el seno de su derecho registral, motivo por el cual, simplemente se decidió a acelerar el procedimiento administrativo mismo que dejó de considerarse como una inscripción, y pasó a ser un sistema de transcripciones, tal y como Manuel Peña Bernaldo de Quirós indica:

Ténganse en cuenta que en Francia no existen “inscripciones” como nosotros las conocemos, en tanto el acceso de un documento al Registro se materializa simplemente a través del archivo del título, de allí el nombre utilizado de “transcripciones” (o “formalidad registral”) con el que se alude a la autorización del conservador de hipotecas (registrador) a efectos que el documento sea archivado y produzca efectos de oponibilidad. (Peña, M., 1963, p. 760).

Al contrario, el legislador reforzó el sistema de las transcripciones, sustituyendo el sistema de inscripción en folio personal, a fin de acelerar el procedimiento, para lo cual también diseñó el denominado “Fichero inmobiliario” que, como su nombre lo indica, se aboca a los derechos sobre bienes inmuebles, donde se agrupan los datos referidos a todos los documentos que, por el conservador hipotecario, han sido adheridos cronológicamente al registro, pero no genera efectos sustantivos como el de la oponibilidad; es más, para la transcripción del fichero inmobiliario, se requiere la previa transcripción del fichero inmobiliario del enajenante, como requisito procedimental de transcripción, algo que, a luz de los principios del derecho registral, podría ser contradictorio, porque si bien no implica la inserción del principio de tracto sucesivo, es una figura cuanto menos parecida.

2.12. El Registro de bienes inmuebles

Los bienes inmuebles son los apreciados por constituir una posesión de dominio frente a una parcela de tierra que, como bien sabemos, sirve de base o asentamiento para una edificación mayor. Es por ello que el cautelar los derechos reales que recaen sobre esta es una tarea de trascendencia para el derecho, por lo cual, como ya se ha expresado anteriormente se constituye el registro.

El registro inmobiliario viene a ser ese compendio de normas y principios orientados a brindar publicidad de las posiciones jurídicas que los sujetos tienen respecto de los bienes inmuebles, como dice González Barrón “es el conjunto de principios, normas e instituciones

que regulan y efectivizan el sistema orgánico (organización interna y eficacia externa) de publicidad que recaen sobre bienes inmuebles, con la finalidad de otorgar certeza a las relaciones jurídicas” (González, G., 2016, p. 90). Es por ello que Francesco Messineo considera que en el caso de la ausencia de algún sistema de publicidad -de la propiedad inmueble- se ha de exigir a los particulares que recurran a pruebas de carácter subjetivo, o de inverosímil certeza, lo que generará la inseguridad en el proceso del tráfico de bienes inmuebles (Messineo, F., 1979, p.50).

Para el maestro argentino Alberto Molinario, respecto del registro, da una definición un tanto institucionalizada o mejor dicho, procedimental o adjetiva sobre el registro inmobiliario del cual dice:

(...) tiene por objetivo el estudio de los principios y normas que regulan la organización y funcionamiento de los organismos estatales, nacionales y provinciales, destinados a receptor los documentos notariales, decisiones judiciales y actos perfeccionados en ellos, concernientes a los derechos reales que se refieren a inmuebles, así como también los derechos reales o creditorios que puedan afectarlos; la realización y recepción de los inscribibles y la inscripción en los libros o elementos conservatorios que lleven las oficinas competentes de tales negocios, documentos o actos jurisdiccionales; la documentación que a su turno, puedan emitir los organismos en función de las inscripciones realizadas en ellos y los efectos y consecuencias que se desprenden de las inscripciones. (Molinario, A., 1971, p.28)

El derecho registral inmobiliario además adquiere diversas definiciones dependiendo la visión que se le dé, por ejemplo, para Hendeman, el derecho registral inmobiliario es aquel encargado de regular la adquisición de las posiciones registrales así como su eficacia; mientras que para Sanz Fernández, es aquel conjunto de normas de derecho privado encargadas de regular las formas de publicidad y actos de constitución transmisión y demás

derechos reales sobre predios o fincas, así como también preservar las garantías creditorias en el Registro de la Propiedad. Posiciones registrales de un lado y normas más principios del otro, no son conceptos compatibles, pero en esencia, se direccionan hacia externalizar derechos derivados de una relación jurídico patrimonial sustentada en un derecho real

2.12.1. Contenido del registro inmobiliario.

Como se ha determinado anteriormente, la trascendencia del registro radica en la publicidad y prueba que otorga a los fines tutelares de los derechos reales sobre bienes, siendo especialmente cautelar en el caso de los inmuebles, por causa de la sobreestimación que se les otorga a estos.

Messineo, F. (1979), señala que la inscripción (o la transcripción en el sistema registral italiano), es un acto administrativo de certificación, no siendo considerado como acto jurídico, empero, su función es de carácter derecho privado pese a que su naturaleza es pública, pues lo que promueve es la cognoscibilidad de una situación jurídica real de carácter inmobiliario.

Por eso, el derecho registral para él posee una naturaleza dual, una en virtud de su función, y la otra en función de su institucionalización. Sin embargo, para González Barrón no es así, el derecho registral tiene una duplicidad normativa en cuanto al aspecto de las normas que lo componen: poseen normas sustantivas y normas adjetivas. Las normas sustantivas son aquellas “que regulan la adquisición, transmisión y pérdida de la propiedad y de los otros derechos reales con lo cual estaríamos en propia sede del Derecho civil, más específicamente del tratado de derechos reales” (González, G., 2016, p. 96).

Indica que las normas adjetivas del derecho registral son también de carácter procedimental o meramente formalistas y estas “regulan la base institucional del Registro, así como el conjunto de actos destinados a permitir la inscripción de ciertos actos o negocios” (González G., 2016, p. 96).

Esta división normativa no es única del derecho peruano, sino que está tomada, en buena medida del derecho español, algo que se aprecia del hecho de que Roca Sastre, quien considera la existencia de ambos tipos de normas, las sustantivas encargadas del estudio de los actos y derechos que han de inscribirse sobre la finca, así como las anotaciones preventivas y los principios registrales que delinear el sistema registral; por otro lado, tenemos las normas adjetivas mismas que implica al procedimiento registral, lo vinculado a los asientos registrales y también la organización del registro. (Roca, R., 1954, p. 12).

Pero hay que señalar que tampoco es invención del derecho español, sino que nace del sistema constitutivo alemán, algo que pareciera contradictorio, cuando se refiere a que países como Perú y España poseen un registro declarativo, sin embargo, la diferencia de sistemas registrales no implica un divorcio total uno respecto del otro, pues muchas de sus instituciones son semejantes e inclusive a nivel de principios, pero, la diferencia radical reposa sobre la naturaleza de la inscripción en cada uno de ellos; en el sistema alemán la parte sustantiva concerniente a los registros públicos forma parte del BGB (Código Civil Alemán) mientras que el aspecto procedimental o adjetivo es regulado por ley especial. Es así como Martin Wolff, Ludwing Enneccerus y Theodor Kipp señalan que:

La ley de registro inmobiliario tiene por contenido el derecho inmobiliario formal, es decir, los principios fundamentales sobre las autoridades encargadas del registro inmobiliario, establecimiento de los registros, su procedimiento y especialmente los supuestos para que actúe el juez del registro. En cambio, el C.C. ordena el derecho inmobiliario material, especialmente los requisitos para la modificación de los derechos, con efecto real. (Enneccerus, L.; Kipp, T. y Wolff, M., 1971, p. 156).

Es así como el Código Civil Peruano de 1984, tomando estos dos referentes adopta la división normativa del registro en normas sustantivas y adjetivas, por lo que las normas del Código Civil nacional son de carácter sustantiva mientras que las leyes especiales

adjetivas más relevantes son la Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos; el Reglamento General de Registros Públicos dado por la Resolución 126-2012-SUNARP-SN y, por supuesto, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios dado por la Resolución 540-2003-SUNARP-SN.

Por ello se afirma fidedignamente que parte del contenido del derecho registral, son las normas sustantivas y adjetivas que lo componen quienes, implícitamente, delimitan la función y fin último de los registros públicos ya mencionados: el ser prueba del derecho real inscrito y el servir a los fines de publicidad registral.

2.13. Clases de sistemas registrales.

Como se ha mencionado anteriormente, la finalidad del registro es la publicidad y su función es la de probar una situación jurídica entre el titular registral y el bien inscrito, principalmente, bienes inmuebles. Sin embargo, esta relación no puede dar sin que primero pase por el hecho que da apertura al registro: la inscripción, de la que derivan las titularidades jurídicas. Las clases de sistemas registrales son tradicionalmente derivadas en dos: el sistema declarativo y el sistema constitutivo.

2.13.1 Sistema Declarativo.

El sistema registral declarativo, indica Gunther Gonzales Barrón, es aquel en el cual “el derecho real nace con prescindencia de la inscripción pero esta tiene el efecto de eliminar cualquier obstáculo para que se produzca la plena efectividad del derecho transmitido” (González, G., 2016, p. 654). Este sistema también adquiere el *nomen iuris* de “principio de publicidad” o como lo denomina la doctrina europea latina “principio de inoponibilidad de lo no inscrito”.

Este sistema registral, baso solo en la declaración de una situación jurídica, la ratificación de un derecho estado, o, la adscripción de un derecho antes gestado a un sistema

de publicidad posee una amplia flexibilidad y facultad de acomodarse a diversas realidades, por la ausencia de rigidez en las normas principalmente sustantivas que lo rigen. Tirso Carretero García, indica que por medio de este sistema existe, necesariamente, una adquisición extra registral, por lo que este -registros públicos- únicamente adquiere la calidad o condición de garantía frente a conflictos versados sobre la titularidad del bien inmueble. (Carretero, T., 1974, p. 40).

Este sistema genera dificultades en principio, al no ser determinante en la transferencia de la propiedad pues “el primer problema que enfrenta el legislador de la propiedad es fijar el momento exacto en que acontece la transferencia de los derechos” (González, G., 2016, p. 654). Esto permite que, a expensas del registro, se decante por o bien el sistema consensualista, o por el romano del título y modo o inclusive por alguna variante del principio de inscripción (tal como el sistema brasileño antes mencionado de inscripción constitutiva no convalidante); pues el efecto del registro no se agota únicamente en sus efectos traslativos si no que trasciende al mismo por medio de la publicidad registral.

Contextualizando la labor de un sistema registral basado en el principio de publicidad o de inscripción declarativa, en un supuesto de compra de bien inmueble, “el primer comprador es propietario siempre que cumpla la ley de circulación de los bienes inmuebles (consentimiento o entrega)” (González, G., 2016, p. 655), pero ese titular -no registral, pero sí documentario- aunque posea la totalidad o plenas potestades sufre aun un riesgo -si acaso abstracto o teórico- de ser vencido o ver afectado o hasta ineficaz a su derecho por causa de la inscripción de un derecho incompatible con el que él se ha aparentemente “premunido”, pues “si ello ocurre, el segundo comprador, con inscripción, será el preferido y, en consecuencia, habrá adquirido la propiedad en desmedro del primero, quien verá decaer su adquisición” (González, G., 2016, p. 655).

En Perú el sistema adoptado para el traspaso de bienes inmuebles (que importan a los registros públicos) es el consensualista, conforme a la literalidad del artículo 949 del Código Civil de 1984, por lo que evidentemente el solo contrato tiene fuerza traslativa, generando este la propiedad del comprador, sin necesidad de la participación del registro. El problema nace cuando se da un supuesto de concurso de acreedores conforme al artículo 1135 del Código nacional, mismo que, refiriéndose a la concurrencia de más de un acreedor, uno con título y otro con documento de fecha cierta (escritura pública), en esos casos, lógicamente, en virtud del principio de publicidad, se irrogará la propiedad del inmueble al acreedor con su derecho inscrito, pero esto no ha hecho sino generar la perplejidad de la doctrina peruana a causa de la inseguridad jurídica que genera la sola posibilidad de ver en detrimento el derecho de un comprador anterior frente al derecho de un comprador posterior que, en base a la buena fe, inscribió su derecho primero, sea como parte del deber de comprador diligente o como consecuencia de un mejor asesoramiento jurídico.

Estos supuestos son precisamente el ejemplo perfecto del otorgamiento de derechos incompatibles, pues la propiedad del acreedor 1 y la del acreedor 2 se reprimen en virtud de los efectos *erga omnes* característico de los derechos reales, cuanto más cuando los mismos concurren sobre un bien y, más aún, en el supuesto de recaer sobre un mismo inmueble.

Es por ello que el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho peruano, adscrita al consensualismo (artículo 949 del Código Civil), contempla una excepción a este principio, “cuya justificación es brindar seguridad jurídica al tráfico jurídico mediante la publicidad y diligencia” (González, G., 2016, p. 658). Puede dejarse zanjado entonces que si bien el comprador no inscrito adquiere la propiedad plena desde el momento del perfeccionamiento del contrato que, en el caso peruano, de acuerdo al artículo 1373° del Código Civil, se realiza en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, que no es sino, en una interpretación sistemática con el artículo 949° del

mismo código, el momento mismo en que se obligan a la enajenación del bien inmueble por la manifestación de voluntad y el pago efectuado por el comprador. Pero puede verse afectado su derecho, si, en un supuesto de venta sucesiva, un comprador posterior, diligentemente inscribe su derecho.

Vale señalar que el derecho de propiedad siempre es absoluto, por algo es el derecho real predilecto, sin embargo, este corresponderá al que se encuentre en una posición de preferencia en un supuesto como el antes mencionado, sin interesar que se trate del primer o segundo comprador. Pues el registro no cumple el rol específico de brindar la oponibilidad, pues esta nace con el derecho de propiedad, misma que se concreta con el solo contrato. Pero la inscripción declarativa, es un criterio decisorio basado en la preferencia que opera de pleno derecho al momento del conflicto de títulos. Como Luigi Ferri expresa, en el registro declarativo “una de las funciones principales de la publicidad de estos registros (inmobiliarios) es aquella de resolver el conflicto entre varios adquirentes del mismo titular” (Ferri, L., 2004, pp. 272-273). Es por ello que se habla que el sistema registral declarativo, no es sino un sistema de dirimente de conflictos, pues es el principio consensualista el que opera como norma cardinal del proceso de circulación de bienes inmuebles en el derecho peruano, ya que este sistema, según señala Francesco Messineo “(...) no sirve para conferir eficacia *erga omnes* al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido” (Messineo, F. 1979, p. 569)

2.13.2. Sistema Registral Constitutivo.

Este sistema registral nace en el derecho alemán hacia fines del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, y “parte del carácter netamente colectivo de la propiedad, por lo que las titularidades privadas proceden del reparto” (González, G. 2016, p. 671). Filosóficamente, tiene su fundamento en el idealismo, postura gestada en el pensamiento Hegeliano, del que deviene el sistema prusiano de la propiedad y asimismo el registro constitutivo. Mientras

que por otro lado “el sistema napoleónico parte de una concepción individualista del pacto social, y funda la propiedad en una relación directa e inmediata del hombre con la tierra, en la que el reparto es meramente instrumental” (González, G., 2016, p. 671).

El sistema registral constitutivo, es para Renato Corrador, aquel que produce, por funcionalidad del mismo, mutaciones de los derechos reales, como consecuencia o desenlace iniciado con la celebración del negocio jurídico. Es por ello que en un primer plano general de la publicidad registral aplicable a este registro, antes que ser únicamente prueba, es también causa generatriz del derecho de propiedad. Es así como además de denominársele sistema registral constitutivo, se le denomina sistema del principio de inscripción.

Este sistema registral basado en la inscripción constitutiva es en estricto formalista y rígido, y se encuentra consagrado en las legislaciones germánicas y, a su vez, no genera los problemas de política legislativa que sí lo hace, por ejemplo, su antagonista (el sistema declarativo), pues, como dice Gunther González Barrón “En el caso de la inscripción constitutiva este esquema no presenta ningún problema teórico. El primer comprador que no inscribió, jamás llega a ser propietario por falta del requisito legal de la inscripción” (González, G., 2016, p. 654-655). En este supuesto única y exclusivamente, quien haya contratado y no haya concretado la transferencia del bien por medio de la inscripción, queda únicamente con el estatus de acreedor del dominio, que, no es lo mismo que ocurre en el sistema registral declarativo, pues aquí el sujeto a inscribir en el registro ya es comprador, por efecto o bien del consensualismo espiritualizado o de la aplicación de algún *modus acquirendi*.

La figura del acreedor del dominio en la doctrina europea, ha sido definida por Mario Clemente Meoro quien con este término compuesto se refiere a los individuos “que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio. Se trata pues de quien aún no es

propietario pero tiene un derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien” (Clemente, M., 2000, p.17).

Es por eso que a aquellos sujetos denominados como “acreedor del dominio” su derecho simplemente es expectatio, por cuanto se trata de un derecho de crédito que no llegará a concretarse en el derecho real de propiedad, pues, en caso exista un segundo comprador, y este en cumplimiento del mandato imperativo de la ley inscribe su derecho, se convierte en propietario, sin importarle que hubiere existido un comprador anterior a él mismo, por lo que se entiende que en sistema registral constitutivo, -al menos el alemán que posee carácter convalidante-, como señala Lizeth Lino Rodríguez citando a Amado Ramírez “no existen los principios registrales de Legitimación y Fe pública; ya que las constancias del registro prevalecen siempre sin hacer distinciones de ninguna especie” (Lino, L., 2015, p. 48).

Es por ello que en un supuesto de doble venta, el sistema constitutivo cimentado en el principio de inscripción, “hace que triunfe el título inscrito, frente al no inscrito, pues la transferencia de propiedad recién se consuma con la publicidad registral, y no antes.” (González, G., 2016, p. 669). Durante el lapso existente entre la celebración del contrato y la inscripción en el registro, el bien inmueble sigue siendo de propiedad del vendedor (enajenante), pese a que ya haya recibido el bien, se haya desposeído del mismo en favor del comprador e inclusive en el supuesto de que se hubiera desentendido por completo del inmueble.

Pareciera ser un contradictorio lógico que se le siga reputando como propietario de un inmueble que ya enajenó, pero que, como consecuencia de un trámite administrativo en sede registral, se esté a la espera de la declaración del registro. Esta aparente antítesis es de solución sencilla, pues si bien se le considera propietario, habiéndose firmado y declarado la voluntad de enajenar el inmueble, se puede asumir fácilmente, bajo un sistema de

presunción jurídica, que el aún propietario que se desposeyó del inmueble, en el lapsus que dura el trámite administrativo, se encuentra obligado a no intervenir en la posesión del futuro propietario, y que, este último tenga derecho a la resolución del contrato en el supuesto de observancia del título objeto de inscripción o la presencia de vicios ocultos jurídicos o materiales.

Sin embargo, debemos considerar que este sistema está diseñado para que la propiedad no se dé sino hasta que se inscriba el bien, en tal supuesto, no habría entonces razón para que el aún propietario y vendedor, se desentienda del bien, pues formalmente es propietario hasta que se inscriba el derecho de su co-contratante comprador, mismo que, en virtud de los principios de la lógica, o cuanto menos, del sentido común, comprenderá que legalmente, no adquiere el dominio del bien hasta la declaratoria por parte del registro de “a lugar” a su derecho.

Ahora el rigor formalista es perfecto para un marco socio-jurídico donde la propiedad es en sí misma informal mayoritariamente, tanto en sus formas de adquisición originarias como consecuencias de un derecho consensualista que, si no coerce al sujeto, este último permanecerá en la informalidad e inclusive, puede bordear los caminos de la ilicitud. Y es que como Alfredo Bullard precisa:

Se puede entonces afirmar que, en la transmisión de bienes inmuebles registrados, se genera una suerte de dualidad de relaciones jurídicas. Una relación jurídica de oponibilidad relativa, en lo que respecta a la protección de terceros sub-adquirentes, y otra de oponibilidad absoluta, basada en el efecto publicitario del registro. En estricto, hay en nuestro Código dos propiedades: la ‘inter partes’ y la ‘erga omnes’” (Bullard, A., 1991, p. 289).

No se debería acaso tener un solo y único sistema de transferencia de la propiedad tanto formal como real, para todos por igual y buscando una auténtica seguridad jurídica sin prestarse a subjetividades que derivan en la lesión de derecho de terceros que, de buena fe

contratan y, en su ignorancia, al no inscribir su derecho, a la postre ven lesionado el mismo cuando ya es tarde, pues como Gunther Gonzáles Barrón señala, citando a Bullard y a Pizarro, “el contrato de transmisión produce efecto *inter partes*, pues la inscripción es la única que produce la eficacia *erga omnes*” (Gonzáles, G., 2016, p. 682), entonces, si solo la inscripción -aún en el caso peruano- es la que confiere los derechos o facultades de represión de terceros, o mejor dicho, la oponibilidad del derecho de propiedad, un sistema registral declarativo es ineficaz a sus fines prácticos, pues al margen de la potestad dirimente, no otorga ni viste al propietario de poderes de persecutoriedad contra terceros.

Es por ello que el sistema registral constitutivo según indica Gaete Gonzáles, citado por Karol katherin Arias Gandulia, se realiza en base a la unidad inmobiliaria del registro, la cual es la finca, no por las personas, por lo que se está ante un sistema que emplea la técnica del folio real (Arias, K., 2020, p.44), siendo por ello que en los folios que cada inmueble tiene se han de agrupar los actos de disposición, o constitución de derechos reales, sobre los inmuebles.

2.14. Los sistemas registrales en el derecho comparado.

En el proceso evolutivo del derecho, no hay institución que nazca al margen de las ideas y reflexiones respecto del estado de cosas actual en un determinado momento histórico. Es así como en el antiguo régimen, al margen del sistema de privilegios respecto de la propiedad, no existía democratización de la propiedad, de modo que en el derecho de propiedad se concentró en las manos de una minoría (reyes y terratenientes o señores feudales). Fruto del pensamiento ilustrado y el liberalismo económico así como de los procesos revolucionarios, se dio apertura a un proceso de privatización o cuanto menos de democratización de la propiedad privada inmobiliaria, convirtiéndose la finca en la unidad de riqueza más importante.

Es así como con la propiedad privada democratizada, nace también una problemática: la necesidad de aseguramiento del nuevo adquirente y la seguridad crediticia territorial, a fin de cautelar los derechos de acreedores hipotecarios y brindar facilidades administrativas a la realización de procedimientos administrativos tales como la constitución de entes concursales. Es así que “Frente a la inseguridad de la propiedad y del crédito en el Antiguo Régimen, la revolución burguesa pretendía fundar el desarrollo industrial en el crédito territorial” (González, G., 2016, p.1003).

Es así como en Europa surgen diversos procesos de cambio y se instauran en las potencias nuevas formas de publicidad estatal en favor del privilegio de la garantía hipotecaria o como fuente constitutiva de derechos reales, tal cual se desarrolla a continuación.

2.14.1. Sistema Registral Alemán.

Este sistema, ha sido referenciado con anterioridad al desarrollar el sistema registral constitutivo, y es pues que la publicidad registral constitutiva, es consecuencia del derecho germánico, mismo que deriva de la recepción del derecho romano y la mezcla de este con el derecho consuetudinario de las tribus germanas. El primer antecedente de este sistema registral surge en Colonia en el año 1135 donde se crearon los “libros territoriales” algo que se replicó en muchos otros reinos germanos durante los siglos XII al XIV. Asimismo, “en las urbes, el Consejo solía archivar oficialmente en libros especiales, las investiduras o los acuerdos de transmisión” (González, G., 2016, p.1019). Primigeniamente, este registro se movía en base al folio personal, es decir, almacenaban los actos de transmisión de la propiedad cronológicamente, sin embargo, posteriormente, se modificó a un sistema con base Martin Wolff señala que durante este periodo, las inscripciones en el registro no se limitaban a la transmisión de la propiedad, sino que también versaban sobre la constitución de otros derechos reales (Enneccerus, L.; Kipp, T. y Wolff, M., 1971, p.152).

Es por ello que dentro del camino evolutivo del registro alemán, el más importante es el Registro de Munich del año 1484 donde, según indica el profesor español Antonio Pau Pedrón, en el seno del antiguo régimen, se da un vuelco a la técnica registral, eliminándose los libros territoriales -basados en el principio de cronología y personalidad del titular- y adoptando la técnica registral de folio real.

Pero la necesidad de la inscripción para la constitución de derechos reales, así como la posibilidad de adopción del sistema romanista de la tradición para consumar la transferencia de una finca fue discutida en la doctrina alemana, y eso recabó en la legislación de los reinos germánicos de entonces, es por ello que territorios tales como Mecklemburgo se adhieren al sistema de la tradición romanista, mientras que Wurtemberg admite la tradición para la transferencia de la propiedad pero exigiendo, para la constitución de los demás derechos reales, la inscripción en el registro. Mientras que Sajonia se convierte a la *Auflassung*, que es una declaración ante autoridad judicial de transferencia de la propiedad sin que requiera la inscripción, mientras que Alsacia y Lorena adoptan la tradición romana con un registro que solo generaba oponibilidad para los terceros.

Sin embargo, tras la guerra de los treinta años se reorganizan los Estados alemanes a fin de obtener un mejor aprovechamiento de la tierra, reestableciendo los registros quienes le seguían a la investidura o *Auflassung*, por lo que Sajonia lo estableció hacia el año 1661, y se establecen los principios de publicidad registral y de especialidad de estos. Aparece por entonces en Prusia la figura del monarca Federico Guillermo, quien en 1693 ordena la creación de un libro en el que se inscribieron todas las fincas o tierras y en las que constaban datos tales como sus titulares, y las garantías hipotecarias constituidas sobre estos inmuebles, elevando a norma de orden público, la necesidad de inscribir en el libro de fincas toda garantía hipotecaria para que las mismas generen y surtan efectos jurídicos, es decir, se convierten en un registro hipotecario de carácter constitutivo. Posteriormente hacia 1783, el

emperador prusiano Federico II, da la “Ley Común Hipotecaria”, donde el registro y su ámbito de aplicación se extienden:

(...) a todos los actos de transmisión inmobiliaria, ampliar el principio de legalidad ordenando que los Tribunales califiquen la forma y el contenido de legalidad ordenando que los Tribunales califiquen la forma y el contenido de los documentos; establecer los asientos de inscripción y de anotación, y proclamar el principio de legitimación (González, G., 2016, 1020).

Sin embargo, los efectos de esta ley se vieron menoscabados a causa de la dación del Código Civil de Prusia de 1794, donde se le dio cabida al anhelo de los juristas romanistas y se estableció como forma de transferencia de la propiedad por medio de la tradición, con oponibilidad frente a terceros solo por medio de la inscripción en el registro, algo que significa una posición ecléctica a fin de satisfacer las visiones de todos.

En Austria (que se trata aquí por haber pertenecido a la federación de estados germánicos durante su historia) legislativamente ocurre algo similar, en el código civil de Austria de 1811 que aún se encuentra vigente a nuestros días, se estableció a la inscripción constitutiva, pues como Jesús López Medel indica:

El Derecho inmobiliario austriaco se encuentra regulado fundamentalmente en el Código Civil de 1811 (ABGB) y en la Ley Federal sobre el Registro de la Propiedad, del 2 de febrero de 1955 (GBG), que complementa al Código no sólo en la técnica y procedimiento registral, sino en algunos aspectos sustantivos. (López, J., 1995, p. 301).

En 1896, tras la reunificación alemana, se da el Código Civil de 1896 y la Ordenanza del Registro de 1897, que posteriormente se reeditó en 1935, es en estas normas en donde se establece, además del principio de especialidad y de publicidad, al principio de

inscripción constitutiva en la transferencia de la propiedad inmueble, es así como el derecho alemán se manifiesta como el sistema principal de inscripción constitutiva.

Aquí aparecen las características distintivas del sistema constitutivo: i) que el registro “publica el completo estado jurídico de cada inmueble por lo que resultan inscribibles todos los actos o negocios que tengan por objeto la constitución, modificación o extinción de derechos reales inmuebles” (González, G., 2016, p. 1023); ii) la transferencia de derechos reales se da en virtud del *Ausflassung*, misma a la que le sigue la inscripción de carácter constitutivo; iii) También tiene un sistema de presunciones, siendo la esencial la presunción de verdad de la situación jurídica publicada en el registro, al que se le aúna el principio de fe pública registral; iv) Se establece la técnica de folio real y el tracto sucesivo, “mediante el cual toda inscripción de un título requiere que conste previamente inscrito o anotado el derecho del transmitente” (Gaete, E. 2001, p.14); v) además el jurista alemán Arthur Nussbaum indica que si hay coexistencia de derechos reales, mismos que recaen sobre un mismo inmueble, estos no van a tener el mismo grado de valor, sino que se les jerarquiza en virtud del principio de prioridad (Neussbaum, A., 1929, p. 31), vi) en virtud del principio de especialidad los derechos reales inmobiliarios versan sobre el dominio de la finca, mas no de los bienes que en ella se encuentren.

Quizá la más extraña de las posturas del sistema registral alemán es que se eliminó el principio de legalidad haciendo que el registrador pierda algunas facultades calificadoras, por lo que se convierte en convalidante de vicios que pudieren afectar al acto jurídico.

2.14.2. Sistema Registral australiano.

Este sistema se basa en el principio de fuerza formal de la inscripción, mismo que se da en virtud del Acta Torrens, mediante la Real Property Act de la colonia británica de Australia del Sur, donde Sir. Robert Richard Torrens, promueve la idea de instaurar este principio en materia de los sistemas registrales sobre propiedad inmueble.

Es así como el sistema australiano acoge la inscripción constitutiva, mismo al que dota de invulnerabilidad, por lo cual se erige una presunción legal, “por el cual se presume la validez del título inscrito y de todos los anteriores hasta llegar a la adjudicación originaria del dominio por parte de la Corona Británica” (González, G., 2016, p.1035), por ello se habla de convalidación de vicios de nulidad. Esta presunción legal protege tanto al tercero adquirente como a quien esté en la posición. Vale decir que todo el peso de la transferencia de la propiedad radica en el registro pues previamente solo se llena un formulario que contiene en sí el contrato que enmarca el curso de la enajenación. Aquí no se requiere la intervención de letrado ni tampoco la de algún fedatario, como en el caso del notariado latino, solo necesitan un testigo quien debe conocer al comprador

El sistema australiano es denominado también como título real, que hace referencia al documento negociable entregado por el registro al titular registral, que tiene el rol de probar los derechos sobre los bienes inmuebles pues, como el maestro del derecho notarial Marcelo Miranda señala:

Conviene aclarar aquí que se debe eliminar respecto al certificado de título, toda noción de “título real” que como tal permitía operar la enajenación por simple tradición o endoso del mismo, tal como si el inmueble estuviese materializado en el documento (...). La función jurídica del certificado de título es probatoria y siempre que su texto coincida con el original archivado en registro inmobiliario. Todo otro efecto atribuido al certificado de título pertenece al reino de la fantasía jurídica. (Miranda, M., 1982, p.159).

Es así como en resumidas cuenta, entre las características esenciales del Estado, el sistema Torrens australiano a nivel registral en primer lugar, posee un sistema de inscripción constitutiva, siendo en la mayoría de los casos inatacable frente a los vicios del acto jurídico de enajenación; Marcelo Miranda además señala que en el sistema Torrens, a diferencia del

sistema alemán también de carácter constitutivo, el registrador público está premunido de amplias facultades de calificación para apreciar la legalidad del título de enajenación, por lo que en el derecho australiano se les da el estatus de juez de tierras -nominalmente, pues no es una judicatura como tal- sin embargo, el problema principal radica en el tiempo de la constitución pues aunque el acto de enajenación sea simple y se realice en un solo acto, la inscripción a nivel de registros puede llegar a demorar hasta un año; esto como consecuencia de la minuciosidad con la que el registrador analiza los títulos, a fin de inscribir el título sin vicio alguno, por lo que de impedirse la inscripción como consecuencia de un vicio motiva una serie de críticas a nivel de juristas en el derecho australiano, quienes promueven la simplificación del procedimiento (Miranda, M., 1982, p.163).

Otra característica es que se han eliminado requisitos formales para la transferencia de la propiedad y la rogatoria del proceso de inscripción pues solo basta el documento privado (formulario de enajenación) de modo tal que se reducen los costos de transacción, pero esto ha motivado que para contrarrestar los problemas de falta de asesoramiento en materia de derecho inmobiliario se creen las compañías de corredores quienes asesoran jurídicamente a las partes contratantes pero cuya comisión oscila entre el 0.75% y 2% del valor de la finca o inmueble. (Miranda, M., 1982, p. 156). Otro elemento esencial es la existencia de un catastro que permite conocer precisamente, por medio de la descripción física, la realidad de cada predio, para lo cual para el fin de la matriculación es necesaria la presentación de un informe topográfico, donde se describa las características del inmueble, así como que sus límites y linderos estén de claramente delimitados.

José Manuel García García considera por ello que la principal ventaja del sistema australiano radica en la función del registro, pues no solo tiene que realizar un trabajo jurídico, de custodia y publicidad, sino que también identifica los datos físicos del inmueble, para lo que es necesario, lo que hace que el título expedido por registros públicos sea

inatacable, inclusive en lo referido a la superficie de la finca y sus linderos (García, J., 1988, p. 426).

Además el sistema Torrents promueve la creación de los fondos de seguros, que se encargan de brindar cobertura a los propietarios, en referencia a la eficacia de la inscripción registral de su derecho -siendo que se trata de un procedimiento largo- Ese fondo es de carácter público, y se genera como consecuencia de una deducción de la tasa arancelaria pagada para el servicio de inscripción. Sin embargo, la prudencia *in extremis* de los registradores que importan la observancia del formulario de enajenación y el título de propiedad han resultado en que se suspenda este fondo de seguros, por no poder cumplir a cabalidad su función retributiva e indemnizatoria, pues como Marcelo Miranda señala sobre el particular:

(...) es reveladora de que la realidad extra-registral no puede ser eliminada por voluntad del registrador o del legislador y que aquéllos han actuado con la correcta e indicada prudencia evitando producir despojos de titulares extra-registrales en aras de la celeridad. Tan importante es la seguridad estática (del propietario) como la dinámica (del adquirente) y no resulta justo sacrificar una en aras de la otra. (Miranda, M., 1982, p.163).

2.14.3. Sistema Registral de Francia.

Este Sistema registral es totalmente contrario al sistema registral alemán, empezando por la finalidad que cada uno de ellos tiene: el sistema alemán es de carácter constitutivo, el sistema francés simplemente es declarativo.

El registro francés halla sus antecedentes, en principio, con una ley revolucionaria en 1798, entendiendo a esta como producto del proceso liberal y democratizador de Francia tras la revolución de 1789. Esta ley fue dada en defensa de la burguesía, quienes instauraban un sistema declarativo de derechos sobre bienes inmuebles, de modo que se eliminaban lo

privilegios restantes de la alta y baja nobleza y de algunos sectores del clérigo; este nuevo registro tiene carácter público y en condición de igualdad. Posteriormente, con el ascenso de Napoleón como emperador de Francia, en el año 1804, dio el Code Civile, mismo en el que eliminó las disposiciones referentes al registro, pues “consideró excesivo que la propiedad de la tierra pudiese extinguirse por obra de un requisito administrativo” (González, G., 2016, p. 1042). Finalmente, en una ley de 1855, se estableció nuevamente el registro declarativo respecto de los bienes inmuebles para favorecer el crédito hipotecario, necesitado de publicidad. Finalmente no fue sino hasta 1955 por la ley del 04 de enero y el decreto de 14 de octubre de 1955 finiquitó de concretar las características del registro (Lacruz, J., 2011, p. 70).

Estas escuetamente son: i) La transferencia dominial inmobiliaria se da solo por el consentimiento, por lo que el registro asume el carácter de declarativo del derecho de propiedad, estableciendo el principio de preferencia por el que “la primacía entre dos títulos derivados de causante común se le otorga al inscrito (González, G., 2016, p.1043); ii) Falta de protección en darse un supuesto de nulidades, incluso en el caso de terceros de buena fe; iii) emplea la técnica registral del fichero inmobiliario, donde se indica la descripción física y jurídica del inmueble catastrado, empero este documento solo constituye medio de prueba, no produce consecuencia jurídica alguna; iv) El registrador o, mejor dicho, conservador de hipotecas asume papel pasivo, pues no posee amplias funciones calificadoras, estas son propias del notario.

2.14.4. Sistema registral de España.

El primer antecedente de derecho registral que se tiene en España es cuando en 1539, se emitió la Real Pragmática de los reyes Carlos y Juana, donde se establece a las cabezas de jurisdicción a crear un libro donde se registren los censos y las hipotecas, este recaída principalmente sobre las hipotecas pues exigía que en el plazo de 6 días de realizado un

contrato de crédito hipotecario, se inscriban de modo que, si no lo hacían, no generaría oponibilidad para con terceros adquirentes. La intención de esto era el perseguir el delito de estelionato que no es sino una modalidad de estafa o fraude de acreedores donde se vendían inmuebles con cargas ocultas (González, G., 2016, p. 1043). En 1713; el rey Felipe V emite una Pragmática a fin de recordar la utilidad de la publicidad registral inmobiliaria e instituyendo la función de escribanos de ayuntamiento, quienes tenían un rol cercano al del registrador público de hoy.

Carlos III también emitió otra Real Pragmática en el año 1768, creando la “Contaduría de Hipotecas”, que cumplía el rol de registro de gravámenes, única y exclusivamente, hipotecas, mas no comprendía derechos reales distintos, solo se daba el registro de hipotecas y censos y la transmisión de las hipotecas. Como no se tenía certeza de la propiedad de un inmueble, el propietario tenía plenos poderes de reivindicación, lo que permitía que, en caso de darse una, la hipoteca se perdiera. Para poder contrarrestar los efectos negativos de esta norma, se dictó la Ley Hipotecaria de 1861, ley que incidió en Latinoamérica notoriamente y que motivó la creación de los primeros sistemas registrales latinos.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo encabezado por el Generalísimo Francisco Franco, mediante Ley de 1944, aprobaron la Ley Hipotecaria hoy vigente en España, mismo que fue modificado en 1946 y que se reglamentó al año siguiente.

El sistema registral Español en su funcionalidad se caracteriza por: i) abarcar la gran mayoría de situaciones jurídicas que tienen por objeto a los bienes inmuebles, sea que se traten de derechos reales, gravámenes, derecho expectatio, etc.; ii) Emplea la técnica de folio real, es decir, que la unidad estructural es la finca, el inmueble, en el folio se almacena el historial registral del inmueble, además que los actos jurídicos de transferencia o enajenación del bien inmueble se supeditan al tracto sucesivo, pues cada transmitente debe

tener su derecho inscrito para poder cederlo (González, G., 2016, p. 1047); iii) Sigue el principio de preferencia, por el cual el propietario con derecho inscrito es preferido frente a los titulares extra registrales, sea que se traten de derechos reales incompatibles o compatibles, o de gravámenes o cargas -acreedores hipotecarios-, además de establecer el principio de oponibilidad, por el cual la inscripción permite el propietario despliegue sus derechos contra terceros, por lo que el profesor Antonio Pau Pedrón indica que la inscripción si bien no es constitutiva, asume un rol necesario, pues su relevancia salta a la vista en el caso de conflictos de títulos (Pau, A., 1997, p. 51).

Dentro del sistema de presunciones jurídicas del derecho registral español, existe la presunción de exactitud, el cual opera a favor del titular inscrito, esta presunción forma parte del principio de legitimación por considerar que el título de legitimación es el que es inscrito en registros, por lo que equivale a una declaración estatal, por lo que también existe el principio de buena fe en favor del tercero adquirente. Además en España se establece la figura del registrador público quien tiene la posibilidad de calificar y enjuiciar la validez de títulos que sean rogados para su ingreso al registro. Sin embargo el derecho registral español no toma en cuenta el catastro, pues el mismo no existe por lo que se generan problemas en la identificación de fincas (González, G., 2016, p. 1047-1048).

2.15. Sistema Registral Peruano.

2.15.1. Época Colonial.

El derecho registral peruano halla sus primeros antecedentes en la época colonial cuando de manos de Carlos V emitiera su Pragmática en 1539, misma que se aprobaron en las Cortes de Toledo, donde cada cabeza de jurisdicción cree un libro para registrar los censos, tributos, gravámenes o hipotecas sobre bienes inmuebles. Ramón Roca Sastre indica que la finalidad supuesta o legal era que se necesitaba evitar abusos generados por la venta libre e indiscriminada como bienes libres a aquellas fincas que se encontraban sujetas a

censos o prestaciones reales (Roca, R., 1954, p.41). Posteriormente Felipe II crea el Registro de Censos y Tributos, el Dr. Carlos Quirós Cárdenas, expresa que en Perú se implementó dicho registro al aperturarse la Real Audiencia de Lima del 03 de abril de 1585, documento en el cual se registraban los gravámenes de las fincas urbanas y rurales de Lima, en el Virreinato del Perú, inscripciones a cargo de los escribanos de cabildo. Posteriormente Carlos III aprobó en 1768 otra Pragmática donde establece el Oficio de Hipotecas, por el cual los escribanos de ayuntamiento, cada uno de ellos, llevaba los libros en los que se consignaban los actos de disposición de bienes, redención de censos y tributos, gravámenes e hipotecas. Esta pragmática empezó a regir en las colonias americanas a partir de 1778 y en 1783, y su duración se extendió hasta pasada la etapa colonial, extinguiéndose con la dación del Código Civil de 1852.

2.15.2. Sistema registral en el Código Civil de 1852.

Aquí se modifica el régimen de transferencia de la propiedad “sustituyendo la teoría del título y modo por el principio consensual, inspirado en el Código Francés de 1804” (González, G., 2016, p. 1057). Aquí se mantuvo el registro de censos e hipotecas, el artículo 2051 del Código Civil de 1852 estableció la obligatoriedad de que en cada departamento se cree un oficio de hipotecas y censos, buscando que en ellas se registrasen aquellas constituidas sobre bienes determinados, mismos que estaban a cargo de escribanos públicos además de implementar la necesidad de la escritura pública registrada para la constitución de la hipoteca conforme al artículo 2041 del mismo código, figura que al día de hoy permanece.

Además estableció la obligatoriedad de que, luego de 8 días de celebrado el contrato, debía registrarse la hipoteca si es que se efectuó en lugar donde hubiera escribano público, si no, el plazo se extendía por el término de la distancia conforme al artículo 2055 del Código

Civil. Empero el sistema registral del código civil de 1852, mantuvo la regulación de la Pragmática de 1758, un sistema que de por sí era muy deficiente pues:

Si semejante sistema podía funcionar, era porque la economía y la sociedad, hasta fines del siglo XVIII, no pedían urgentemente más: porque la enajenación no era demasiado frecuente y la demanda de capitales reducida, y así, los inconvenientes del sistema quedaban paliados por su escasa aplicación. (Lacruz, J. y Sancho, F, 1984, p. 39).

2.15.3. Ley de enero de 1888.

Tras la guerra de la reconquista española, así como la derrota en la guerra del pacífico, durante los gobiernos siguientes de reconstrucción nacional, se emitió la Ley de creación del Registro de la Propiedad Inmueble de 1887 elaborada por el congreso a propuesta de Alejandro Arenas y Mariano Nicolás Valcárcel, past-decanos del Colegio de Abogados de Lima, ley que Andrés Avelino Cáceres, entonces presidente, promulgo. Esta ley se inspiró en las leyes hipotecarias españolas de 1861 y 1869. Esta ley, según nos dice el profesor Gunther Gonzáles Barrón, “se constituyó en una institución jurídica en la que se inscribía ordenadamente todo el historial jurídico de una finca, con sus transferencias de dominio, cargas, gravámenes y demás situaciones jurídica que le afectasen” (Gonzáles, G., 2016, p. 1064). Pese a sus efectos prácticos, fue incomprendida en sus comienzos, criticada y considerada como no acorde a la realidad peruana, pretendiendo preservar el viejo sistema hispano del código civil.

Esta ley establecía en sus artículos 3 y 4 aquellos actos que eran materia de inscripción, a saber: contratos de enajenación y demás títulos traslativos de dominio, la enfiteusis, los censos, y servidumbres, las hipotecas legales, judiciales, convencionales, la anticresis precautorias, los embargos, demandas y resoluciones judiciales, derechos de usufructo, habitación, etc. (Gonzáles, G., 2016, p. 1065), aquí la inscripción era facultativa,

no era imperativa, pero, conforme a lo establecido en el artículo 7 de dicha ley, se establecía el principio de oponibilidad de los registros públicos, por lo que no se le podía oponer al titular registral derecho alguno que no esté debidamente registrado; además de que conforme a su artículo 16, la inscripción no convalidaba los vicios que nublen el acto jurídico traslativo o de constitución de una garantía real, por lo que el derecho era atacable en la vía correspondiente.

Este registro se cimenta en base a dos principios elementales, los mismos que inspiraron el sistema registral alemán: el de especialidad y publicidad a lo que Alfredo del Valle dice:

Consiste la especialidad en la formación que se efectúa, en los libros de Registro, de la historia propia de cada bien inmueble, mediante la inscripción sucesiva de todos los actos y contratos con él relacionados. Es la determinación precisa de cada finca, destinada a distinguirla de las demás de su especie. Constituye la publicidad, el derecho que a todos asiste de tener a su disposición los Libros del Registro a fin de poder conocer en ellos el verdadero estado de un inmueble, adquiriendo así seguridad para el contrato que sobre él desea celebrar; desde que carecería de todo valor todo otro hecho jurídico que no se encontrara registrado. Ella, por consiguiente, hace desaparecer el temor a los gravámenes ocultos, a las transferencias desconocidas, a la carencia o limitaciones de dominio y que nazca, en cambio, la confianza en los contratantes de buena fe. (Del Valle, A., 1903, pp. 7-8).

Es aquí donde se repite nuevamente la prohibición de hipoteca tácita, por lo que para la constitución de un gravamen sobre inmuebles era necesaria la inscripción en el registro; esta norma se inspiró directamente en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861.

2.15.4. Código Civil de 1936.

Este código no hace sino realizar una continuación de lo formulado por la ley de 1888. Para el codificador Olivera, parte de la comisión reformadora del Código Civil, el tener un derecho real que no pueda ser opuesto a terceros era un contrasentido y es que para él, “el sistema de la inscripción armoniza bien con el concepto moderno de propiedad, no mirado como relación solamente privada, sino concebida como una función social” (González, G., 2016, p. 1083). Es por ello que para la comisión reformadora del código civil “urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas” (Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, 1928).

Es en el seno de la comisión donde se plantearon posturas a favor del sistema registral constitutivo, y del mantenimiento del sistema declarativo propugnado por la Ley de 1888; a favor de la adopción de un sistema constitutivo se mostraron Alfredo Solf y Muro y el Dr. Oliveira, mientras que de la segunda opción fueron partidarios el Dr. Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle en base al argumento de que el Perú es un país con una geografía compleja y con muy poca cultura jurídica.

Eso llevo que ante la exposición del congreso, se rechazara la idea de instaurar un sistema constitutivo por no tener no tener un catastro, así como la existencia de títulos defectuosos, no haciendo factible que se implante, como se quería el sistema Torrents, pues también se necesitaba que el Estado asuma la garantía que este sistema tenía y no era un gasto presupuestal que fuera aceptable.

Es así como se respalda el sistema declarativo, pero se le insertan principios que anteriormente fueron colocados en los reglamentos de la ley 1888 bajo la pretensión de instaurar un sistema germánico, esos principios fueron el de folio real, tracto sucesivo y fe pública registral, principios que se consagraron en la codificación de 1936 esto se ve de los

artículo 1045 y 1047 del Código Civil de 1936, así como la inserción del principio de prioridad en el artículo 1050, y el de legitimación, es por ello que como Gonzáles Barrón indica “el Código de 1936 coronó una clara tendencia legislativa, favorable al sistema registral de cuño germánico, pero sin los excesos (inscripción absolutamente constitutiva, acuerdo real abstracto, etc.)” (Gonzáles, G., 2016, p. 1067). A su vez el modelo español de inscripción constitutiva para la hipoteca; por lo que los codificadores del Código del 36´ sentían que el derecho registral y traslativo de la propiedad peruano era una mezcla de los sistemas francés y español.

2.15.5. Código Civil de 1984.

Aunque en un primer momento se pretendió convertir la inscripción en constitutiva y la clasificación de bienes en registrables y no registrables, finalmente se optó por mantener la misma clasificación y el mismo sistema registral, ratificando el sistema consensualista francés en el artículo 949 del Código Civil hoy vigente y dedicándose un libro a los registros públicos. El aporte más significativo del nuevo código fue un desarrollo un tanto más lato de los principios registrales y algunas novedades como la inscripción del contrato de opción y el rechazo de la sola posesión como derecho inscribible.

Este código asume la legislación desde un punto de vista sustantivo, asumiendo por ello que la parte procedimental o formal de los registros públicos se la encargan a ley especial. Además de que se instauran los principios registrales a nivel normativo en la codificación civil. Es así como además se instaura un sistema registral dualista, como consecuencia de la proliferación de registros públicos con los decretos legislativos 495 y 496 en 1988 que crean el registro predial urbano, donde además se instauraron como medidas la no necesidad de instrumento público para inscribir el derecho, reducción de requisitos formales para la inscripción y la coordinación de un catastro administrativo – hoy encargado a la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal o COFOPRI – para la

titulación de predios en la zona urbana, mientras que la misma se le encomendó, a nivel rural, al Programa Especial de Titulación de Tierras.

Si bien los Registros Públicos se diseñan abstractamente por ley del 2 de enero de 1888, desde ese año hasta 1994 sus registros de bienes muebles e inmuebles estuvieron distribuidos en varias instituciones o como oficinas adscritas a algún ministerio del Poder Ejecutivo, no fue sino hasta 1994 se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 26366 denominada “Ley de Creación del Sistema Nacional y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”. De esta manera, los diferentes registros que estaban dispersos en toda la administración pública se unifican bajo la administración de una sola institución que posteriormente adquiere el grado de Órgano Constitucional Autónomo, supervisada por SUNARP, entidad que constituye el avance más grande en materia registral por ser el ente rector de los registros públicos, especializados exclusivamente en sacar adelante los registros, dentro de ellos, el registro de predios.

Posteriormente, los registros prediales y urbanos se unificaron por ley 27755, se unifican y se crean un solo registro de predios, “poniendo fin a la problemática ocasionada por la coexistencia de hasta tres Registros distintos” (González, G., 2016, p. 1095). Pero esto no ha solucionado el fondo del problema, la informalidad en el tráfico jurídico de bienes inmuebles, a causa del sistema consensualista aún existente pese a que el mismo ha sido invadido por principios y normas que lo orientan a un sistema constitutivo como el de corte germánico que fue una intención iniciada desde 1908 con la dación del primer reglamento de la Ley 1888.

2.16. Costos de transacción y de la inscripción en registros públicos en Perú.

Pese a no ser indispensables para la inscripción registral, la normatividad vigente los requiere para la obtención de documentos, certificaciones o constancias adicionales previas para la inscripción de rogatorias o para la creación del título inscribible, lo cual no hace sino

generar mayores desincentivos para el acceso al registro. Estos costos adicionales se generan, por ejemplo, cuando se requiere de la presentación de documentación que acredite la realización de actos previos ante entidades ajenas al registro, como lo son los Gobiernos Locales y Regionales, como informes solicitados a la oficina del área de catastro de la municipalidad respectiva.

Estos requerimientos obligan al administrado a realizar trámites y procedimientos ante instituciones ajenas al registro de forma tal que pueda obtener la documentación necesaria para la inscripción registral. Toda esta documentación deberá ser adjuntada a la rogatoria registral para la calificación del registrador.

Como lo afirman estudios de la ONG Ciudadanos al Día, las personas no sólo invierten tiempo en el desplazamiento ante la entidad pública donde deberán realizar un trámite determinado, sino que previamente tienen que conseguir información, acopiar documentación, realizar fotocopias, etc. Todo esto toma tiempo e inversión en dinero, lo cual es un gran impedimento para personas de bajos recursos que si bien desean inscribir sus derechos, muchas veces el costo y tiempo de tramitación de estos procedimientos los desincentiva a formalizarse.

Además, los requisitos excesivos, los cuales podemos definir como requerimientos que no son ajenos a la inscripción de títulos, pero los costos de su cumplimiento por los administrados superan ampliamente los beneficios que generan. En este grupo se encuentra, por ejemplo, el Catastro.

La creación del título inscribible no es simple, ya que será necesario realizar una serie de procedimientos previos, los cuales, debido a su onerosidad, complejidad y su prolongado tiempo de gestión, desincentivan a los ciudadanos a iniciar o culminar el procedimiento dirigido a la inscripción registral. Los costos de los procedimientos se derivan de lo siguiente: (i) la contratación de los servicios profesionales de un abogado, (ii) la

contratación de los servicios profesionales de un notario, (iii) y los requisitos específicos solicitados por el Registro de Predios para la inscripción de una determinada rogatoria. El abogado se encargará necesariamente de la redacción de la minuta o contrato, el Notario será el encargado de elevar dicho contrato a Escritura Pública, para que posteriormente pueda ser enviado a los Registros Públicos. Finalmente el Registrador evaluará si el administrado cumple con todos los requisitos establecidos para la inscripción de una determinada rogatoria.

Según la Ley del Notariado, el cuerpo de la escritura pública necesariamente contendrá La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente. Ante este imperativo toda escritura pública con respecto a ciertos actos, deberá contener una minuta firmada por letrado o abogado colegiado. Por lo tanto, es después de haber realizado el contrato verbal de compraventa de un inmueble, los particulares deberán solicitar los servicios de un abogado para que redacte y firme el documento que contendrá las cláusulas del acuerdo de voluntades. Los honorarios de los abogados (para la elaboración y firma de una minuta de compraventa) varían según los servicios y actividades que deba realizar el abogado para la redacción del documento y según el nivel de preparación profesional del abogado.

Para la inscripción de derechos de propiedad, el registrador requiere de la presentación de instrumentos públicos, y, como excepción admite aquellos instrumentos privados expresamente establecidos por la ley. El instrumento público más utilizado para fines registrales es la escritura pública, documento que sólo puede ser otorgado por un Notario Público. Siendo esto así, un costo adicional que deben asumir los particulares para la creación del título inscribible, se deriva de los pagos que deben realizarse a las notarías para la obtención de la escritura pública.

Una modificación legal importante que elevó los costos de transacción y el acceso al registro de la propiedad fue la eliminación del uso del Formulario Registral firmado por Abogado o Notario. Este documento creado en 1988 por el Decreto Legislativo 495, que competía con la escritura pública como título inscribible de actos y contratos relacionados con predios formalizados e inscritos en el Registro Predial luego llamado Registro Predial Urbano y posteriormente unificado con otros registros de propiedad predial bajo el Registro de Predios, quedó sin vigencia a partir de junio del año 2004. En Junio del año 2002, se promulga la ley 27755, ley que crea el Registro de Predios a cargo de la SUNARP, y dispone en su artículo 7 que “todas las inscripciones se efectuarán por escritura pública o mediante formulario registral legalizado por Notario”. Este mandato imposibilitó que los formularios continúen siendo autorizados por abogados. A partir de la fecha indicada en la citada norma (Junio de 2004) “solamente” un Notario Público puede legalizar formularios registrales, y únicamente cuando el valor del inmueble es menor de 20 UIT.

No obstante la disposición de la norma antes citada, el Colegio de Notarios inició en mayo del 2002 una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 7° y 13° de la ley 27755, con el fin de lograr la eliminación del sistema de Formularios Registrales en el Perú. Frente a la acción de inconstitucionalidad antes citada, la Defensoría del Pueblo presentó un informe al Tribunal Constitucional en calidad de *Amicus Curiae*, en el cual se resalta la importancia de los Formularios Registrales y se afirma que la principal razón para su creación como título inscribible fue el alto costo que implicada la utilización de la escritura pública. Así se afirma que:

(...) mientras que inscribir un título en base a una escritura pública implica costos que ascienden - de acuerdo con las estimaciones difundidas por el instituto de Libertad y Democracia - a un monto aproximado de S/. 518.00 Nuevos soles, hacer la misma inscripción utilizando un formulario registral solo demanda S/. 118.00

Nuevos soles (Informe de la Defensoría del Pueblo en calidad de *Amicus Curiae.*, presentado ante el tribunal Constitucional. 2003).

Esta demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional toda vez que se llegó a corroborar la eficiencia en el uso de los formularios registrales frente a las escrituras públicas, de modo que así se permitió la formalización de hasta un triple del número de predios que empleaban la escritura pública como documento público. Aquel dato fue otorgado por la Defensoría del Pueblo quien presentó el oficio N° 233-2003-SUNARP-RPU/JEF de fecha 16 de mayo del año 2003, donde el Jefe del Registro predial Urbano de Lima informa al Tribunal la cantidad de predios que habían sido inscritos por medio de estos instrumentos – tanto el formulario registral como instrumento privado y la escritura pública como instrumento público protocolizado – donde principalmente se emplean los formularios registrales antes que las escrituras públicas.

Ahora el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de los artículos 7° y 13° de la Ley 27755 que propugnaba el Colegio de Notarios se sostenían en principio en que los formularios registrales carecen de matriz, lo que implica que no se pueden recabar copias de estos al ser un documento único, empero dicho argumento se cae de madure puesto que, al ser un instrumento cuyo fin es la presentación del tracto sucesivo o inmatriculación de un predio al registro, antes de esta, se debe fedatear por notario público quienes deberán verificar la validez de los datos en él consignados, siendo este el primer filtro pese a que no se constituyan en documentos protocolizables y el segundo de ellos es la calificación que realiza el registrador público respecto de los datos que ostenta, por lo que una vez pasado esos filtros las partidas registrales, estos documentos serán incorporados a modo de asiento registral lo que permitirá sacar las copias necesarias de los asientos registrales que lo tengan.

Otros de los fundamentos es que no presentan la seguridad jurídica de la escritura pública y por ende son fácilmente adulterables o falsificables tanto en su contenido como en

las firmas, sin embargo, la defensoría del pueblo indicó que no existe un mecanismo objetivo para medir la calidad de estos instrumentos en lo que a seguridad jurídica respecta, así como tampoco puede considerarse que son fácilmente falsificables o pasibles de adulteración cuando estos deben faltar una serie de filtros: la de un letrado, la del notario y la del registrador, por lo que, en comparación con la escritura pública, por lo que ambos pueden correr el mismo riesgo.

Es por ello que el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad que interpuso el Colegio de Notarios de Lima donde a su vez exhortó al poder ejecutivo a la reglamentación del uso del formulario registral legalizado por notario como lo evidencia el siguiente fundamento:

El notario debe dar fe respecto de los actos jurídicos, hechos o circunstancias que presencia, para lo cual debe exigir que el formulario sea llenado y suscrito ante él, corroborando la libre voluntad y capacidad de las personas en la celebración del acto y su conocimiento de los alcances del mismo. ((Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00001/00003-2003-AI/TC, de fecha 4 de julio del 2003).

Es menester señalar que el empleo del formulario registral es solo por bienes que tienen un valor de hasta 20 UIT.

El coste registral propiamente se divide en dos: tasa por calificación (S/ 37.00) y tasa por inscripción, la cual varía de acuerdo con el precio de la transferencia. Pero sin duda el gasto más fuerte es el que compete al impuesto a la renta, el cual equivale al 5% de las utilidades o ganancias de la venta de un inmueble, este ha de ser el más costoso, pues veremos el ejemplo a continuación:

Una persona adquirió un inmueble en enero de 2007 por la suma de \$150,000 y lo vende en junio del 2018 a \$280,000 ¿Cuál sería el monto a pagar?

Valor de adquisición \$150,000 (convertir a soles, al tipo de cambio compra de la fecha de adquisición según SBS) = \$150,000 X 3.359 = S/. 503,850 multiplicado por el ICM del mes y año, para enero del 2007 es de 1.20 obteniendo como resultado S/. 604,620 (valor actualizado del inmueble). Valor de venta actual es de \$280,000 (T/C a la fecha en que se firmó la minuta) = 1,078,000, ahora se hace la resta:

Valor de venta actual = 1,078,000 menos el valor de adquisición = S/. 473,380 = (ganancia de capital) y luego se multiplica por la tasa del 5%, el monto a pagar sería de S/.23,669.⁵

2.17. El Catastro como instrumento coadyuvante.

Como lo expresan el profesor Federico Mesinas y Manuel Muro en los casos de los bienes inmuebles cuando se da la protección registral, esta garantiza la posibilidad de exclusión más perfecta por medio de la cognoscibilidad pública y la no clandestinidad, por lo que perfectamente podemos pensar que un sistema de transferencia basado en el registro y en el principio de inscripción constitutiva generará perfecta seguridad jurídica superior a la que un sistema declarativo otorga, logrando así maximizar la riqueza inmobiliaria y el proceso de especulación de bienes inmuebles, de modo que sea más seguro el proceso de compraventa por medio del mandato imperativo de la ley.

Si no referimos a lo que a los sujetos como el bien, sin lugar a duda, podemos asegurar que un derecho inmobiliario fundado en el principio de inscripción constitutiva no convalidante implica necesariamente la existencia de cargas o gravámenes, que puedan parecer aparentemente costosas o problemáticas, además del tiempo e inversión en esfuerzos que se necesita para el poder registrar el inmueble, sin embargo, si se busca estar plenamente seguro sobre la legitimidad respecto del título que se está adquiriendo y de los efectos que

⁵ <https://www.requieromicasaventas.com/impuesto-a-la-renta-por-venta-de-inmuebles/#:~:text=El%20impuesto%20a%20la%20renta%20es%20equivalente%20al%205%25%20sobre,p or%20la%20tasa%20del%205%25.>

despliega el derecho que este confiere, es pertinente que se sacrifique el tiempo y recursos necesarios, tanto privados por estatales a fin de obtener un sistema con pleno oponibilidad.

Hoy, contrario a lo que muchos pensarían, el establecer un registro constitutivo no necesariamente ocasiona mayores costos a la hora de la inversión en la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Pues de hecho, lo único que ocurre es un procedimiento administrativo más largo en cuanto a tiempo, pues en la actualidad, ya con un sistema declarativo, los costos de inscripción, así como los de transferencia de la propiedad están prácticamente estandarizados a la luz de las tasas arancelarias que se establecen anualmente para la inscripción y anotación de títulos. Ahora, los pagos referidos a los servicios en favor de abogados y notarios que intervienen en el proceso de redacción de la minuta del contrato y elevación de esta a nivel de la escritura pública para la posterior calificación e inscripción del título en registros públicos, no constituyen en sí mismos costos de transacción realmente significativos, toda vez que, ya en nuestro sistema consensualista, es prácticamente una costumbre jurídica la celebración de los contratos de compraventa a nivel de escritura pública o, en su defecto, que posteriormente las minutas de compraventa sean objeto de ser elevadas a escritura pública por mandato judicial, donde, curiosamente, se realiza un gasto aún mayor a efecto de que el recurrente de la jurisdicción, vea salvado su derecho a sentir plena seguridad jurídica por medio de un documento público que certifique su propiedad.

Además, sí se establecieran algunos costos extras que no se han contemplado en la actualidad, tales como son por ejemplo el pago de impuesto a la renta o alcabala, se puede pactar respecto de estos dentro del proceso de transferencia del bien inmueble, sea por alguna fórmula legislativa que permita a las partes, a su elección, realizar la cancelación de diversos gravámenes o de costos por saneamiento de la propiedad *ex ante* o *ex nunc* como por ejemplo, el que de un lado la parte vendedora asuma el costo de la inscripción/inmatriculación o la deduzca del precio de compraventa o, en su defecto, lo haga

la parte compradora, siempre y cuando esto no implique la cancelación de obligaciones tributarias correspondientes por ejemplo, a la parte vendedora (impuesto a la renta vgr.), y es que es perfectamente posible que el acreedor o adquirente tenga la posibilidad de ser él quien cubra la totalidad de los gastos derivados en el procedimiento de adquisición registral por medio de la inscripción constitutiva no constitutiva.

Y es que, como parte de la teoría del riesgo y, dentro de los linderos de la autonomía privada como parte de la libre manifestación de voluntad de los contratantes, es perfectamente sin coaccionar el negocio jurídico y la voluntad de las partes el darles la elección a fin de saldar los costos extras que pudieran contemplarse y que al día de hoy tal vez no se encuentran fijados o contemplados dentro del mismo acto jurídico.

Hay determinadas cosas que hacen necesarias la necesidad de imponer la inscripción Registral constitutiva no convalidante para la obtención de la propiedad dentro del sistema de transferencia de la misma. Esto pasa, en principio, por la falta de Cultura registral existente a nivel nacional. Así como también lo onerosa, que sería la implementación de registros a nivel nacional y finalmente la falta de titulación existente para muchas personas, principalmente en el sector rural.

Para ello tenemos en la actualidad una serie de sistemas que apoyan y coadyuvan a la formalización de la propiedad inmueble a nivel nacional, como es el caso de COFOPRI, por el cual se puede obtener un título de carácter administrativo que finalmente derive en su inscripción a nivel de registros públicos. Lo cual no se vería afectado al establecerse un sistema de inscripción constitutiva no convalidante, porque si bien es cierto la intención del establecimiento de un registro de inscripción constitutiva, no afecta los modos de adquisición de la propiedad, pudiendo considerarse fácilmente la obtención, por ejemplo, de un bien inmueble a consecuencia de un título administrativo tales como los otorgados por COFOPRI a nivel urbano y del PETT a nivel rural, pues el derecho de propiedad que estos

otorgan serían perfectamente compatibles con los registros públicos de tal modo de que por medio de convenio interinstitucional, tanto COFOPRI como el programa especial de titulación de tierras y catastro rural, puedan acceder a la inscripción inmediata de los títulos administrativos otorgados por cada uno de ellos a fin de lograr que desplieguen de los efectos *erga omnes* de estos bienes inmuebles.

La ausencia de una cultura registral, por otro lado, solamente es propia de registros no constitutivos tales como lo ha sido a lo largo de la historia se evidencia en el derecho nacional. Por eso es que desde el establecimiento de la Comisión reformadora del Código Civil peruano de 1852, e inclusive por la Comisión reformadora del Código Civil de 1936, que devino en la creación del Código Civil actual de 1984 se barajó en más de una oportunidad la posibilidad del establecimiento de un registro constitutivo. De diverso carácter, ya sea con el sistema torrents o con el sistema constitutivo alemán. Empero, la inexistencia de una cultura registral a nivel nacional, principalmente en el ámbito rural, persiste principalmente por la ausencia de normas imperativas que impongan la Constitutividad registral no convalidante de la propiedad, pues de tener aquel tipo de sistema de transferencia de la propiedad, la enajenación de un bien inmueble únicamente se concretaría con la inscripción en registros públicos y, siendo la extensión de los mismos hoy muy amplia, alcanzando tanto el ámbito rural como el ámbito urbano, sería perfectamente aplicable la realización de estos.

De otro lado, la necesidad del establecimiento de un sistema catastral concatenado con registros públicos y que sea fiel reproductor de la realidad geofísica nacional, tanto rural como urbana corresponde un gasto necesario del Estado como parte de la política administrativa a los fines de lograr un pleno conocimiento de entorno geofísico territorial que posee, y este sería perfectamente realizable si se aplica el artículo 54 de la Constitución Política nacional, que refiere al territorio y dentro de él al suelo, de modo tal de que pueda

establecerse con una interpretación de ese artículo en forma extensiva: la obligatoriedad del Estado de invertir en una base de datos catastral que pueda ser fiel reflejo de la división parcelaria y de las fincas a nivel nacional, tanto en el ámbito rural como el urbano.

El catastro puede ser conceptualizado de muchas maneras, sin embargo, no existe consenso respecto del mismo, por ejemplo, Roca Sastre, dice que el catastro se conceptualiza de la siguiente manera:

Es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas del mismo, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico-administrativo, social y civil. (Roca, R., 1997, p.167).

De ahí se puede resaltar el carácter gráfico que posee el catastro para mapear la realidad física de la distribución y organización territorial. Este es el último fin que posee el catastro el de dar la información relacionada a la realidad territorial respecto de los predios, y es que el catastro “contiene la estimación económica de los predios y que su fin primordial es el fiscal, excluyendo a aquellos que ya no contienen datos económicos, que no ejercen una finalidad fiscal o no es la principal” (Portillo, Á., 2009, p.34).

Ahora, Portillo, Á. (2009), señala que una definición más exacta respecto del catastro sería que este es:

Un sistema público de información sobre la realidad física de un determinado ámbito territorial, constituido fundamentalmente por información gráfica georeferenciada, desarrollado a través de procedimientos técnicos que permite identificar y localizar a los predios, describiendo sus principales características y localizar a los predios, describiendo sus principales características físicas y demás atributos relevantes, ejerciendo algunas o múltiples funciones. (p.34).

Por ello, es importante el catastro como instrumento organizador y reflejo de la realidad geofísica, georeferenciada y, lógicamente, la características que posee el objeto (es decir, el suelo y aquello que se asiente sobre él o se encuentre debajo de su superficie).

Por ello es necesario diferenciar al catastro del Registro de predios, los cuáles no son entes aislados, independiente y sin interrelación, sino que en sí mismos son distintos: de un lado, el catastro, quien proporciona información sobre la realidad geográfica, la realidad física del objeto; del otro lado, el registro de predios, quien es un instrumento jurídico que sirve para suministrar información jurídica respecto de la situación de un inmueble, información tal como el titular del inmueble, los derechos que recaen sobre el mismo y los respectivos titulares, o las garantías reales que se han establecido sobre aquel.

Por ello se referencia lo que José María Chico y Ortiz señala cuando dice que el catastro principalmente proporciona “sustancia física, dejando que la jurídica, que puede ser la esencia del título real, la proporcione el Registro de la Propiedad” (Chico y Ortiz, J., 1994, p.545). Esto permite deducir que no son lo mismo, al margen de la estrecha vinculación existente entre el Registro de Predios y el Catastro (caso de países con Registros constitutivos). Pero por ello no es posible el considerar la existencia de un catastro jurídico, más aún en una realidad como la peruana, y es que trayendo a colación la realidad del Catastro en el Perú, este es un instrumento que se encuentra poco desarrollado y, lo catastrado del territorio principalmente alcanza a sectores del ámbito urbano, excluyendo buena parte de la realidad territorial física rural, agrícola, así como parte de la realidad de sectores urbanos marginales.

Ello implica la necesidad de continuar actualizando el catastro tanto urbano como rural, pues si de por sí es deficiente en el Perú, el paso del tiempo, el aumento del desarrollo urbano y la creciente explosión demográfica, solo empeoran la situación de la realidad del catastro en el país, por lo que es menester la actualización constante del mismo y un rango

importante de inversión por parte del Estado para lograr catastrar la mayor parte posible tanto del ámbito rural como del ámbito urbano, aunque este último se encuentra un poco más desarrollado, principalmente a nivel de las oficinas de catastro de las municipalidades.

Por ello Manuel Moya Rodríguez y Ángel M. García-Rodrigo Martín, dicen que “lo cierto es que el mantenimiento de un catastro actualizado, sin lo cual este perdería buena parte de su valor y efectividad, es una tarea de elevado coste pero imprescindible de asumir” (Moya, M. y García-Rodrigo, Á., 2001, p.143).

Ante esto es importante saber que toda propuesta de modificación de la forma de transferencia de la propiedad con base en la inscripción constitutiva en Registros Públicos, pasa necesariamente por la posibilidad técnica de poseer un catastro actualizado, pues el Catastro, si bien es un instrumento orientado a la descripción física de la realidad inmobiliaria de un determinado territorio, también posee una función jurídica.

La función jurídica del catastro se encuentra dada por la dotación de información que este realiza para con los Registros Públicos, a fin de coadyuvar a la correcta identificación y descripción física de los bienes inmuebles, a fin de que “el Registro pueda confirmar la efectiva existencia física de los predios, determinar la ubicación inequívoca de los límites de los predios, y, por tanto el alcance y los límites territoriales de los derechos de propiedad” (Portillo, Á.; 2009, p. 43). Además de esto, dicha función pasa por brindar soluciones ante problemas que surjan a nivel de Registros Públicos tales como la doble inmatriculación o duplicidad de partidas, mismos que se dan cuando se han abierto más de una partida registral para un mismo inmueble, o en casos de superposición total o parcial, real o gráfica de áreas inscritas en partidas registrales que pertenecen a distintos inmuebles.

Estos problemas se constituyen en una suerte de “talón de Aquiles” para los Registros Públicos, por cuanto constituyen manifestaciones de la imperfección del sistema registral declarativo, donde prima la sola transferencia por consentimiento, antes que el amparo de

una institución jurídica que, respaldada por un instrumento de identificación física y georreferenciada de predios como el catastro, pueda dotar de plena seguridad jurídica y que debe tener una entidad como Registro Públicos.

Por ello que “el Catastro bajo un adecuado ejercicio de su función jurídica se convierte en una herramienta relevante para que el Registro de Predios pueda garantizar verdadera seguridad jurídica y, por ende, la fluidez y seguridad en el tráfico inmobiliario.” (Portillo, Á.; 2009, p. 44).

La función jurídica del catastro, por ende, no implica la aparente subrogación de este por el instituto de los Registros Públicos, sino que se encuentra teleológicamente delimitado, en la proporción de información de índole territorial y predial de carácter relevante a efectos de coadyuvar a la última función e los Registros Públicos: el brindar suficiente seguridad jurídica.

En el caso peruano, el catastro se encuentra administrado no solo por registros públicos, sino que existen una amplia cantidad de organismos institucionales públicos que ejercen funciones propias del quehacer catastral o presentan a su vez áreas específicas a los fines del catastro y que, junto con los órganos desconcentrados de administración catastral, forman parte del Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial.

Dichas entidades son, por ejemplo COFOPRI (Organismo de Formalización de la Propiedad Informal), organismo adscrito al ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cuya finalidad es ejecutar la formalización integral comprensiva y rápida del programa de formalización de propiedad urbana a nivel nacional en el marco del D.L. N° 803, Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal del 15 de marzo de 1995; por lo que es un órgano técnico de asesoramiento de las municipalidades para el saneamiento de la propiedad predial manteniendo convenios con ellas en el marco de la Ley Orgánica de las Municipalidades, Ley N°: 27972 y de la Ley N° 28687.

Por ser el ente que realiza funciones de ejecución de procedimientos de saneamiento físico legal, bajo la Ley 28923, además, de administrar a nivel rural el saneamiento de predios también pasó a hacerlo en el ámbito rural por medio del Decreto Supremo N°.005-2007-VIVIENDA modificado por el D.S. N°. 012-2007-VIVIENDA y el D.S. N°074-2007-VIVIENDA por los que absorbió al otrora Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT).

Otro ente que administra el Catastro es la SUNARP (Superintendencia Nacional de Registros Públicos) creada por Ley N°, 26366; donde cada una de las sedes desconcentradas a nivel nacional cuentan con lo que se denomina “oficina de Catastro” misma que viene diseñando y creando la Base Gráfica Registral, cuyo objetivo es “identificar de manera unívoca la ubicación georeferenciada de cada predio inscrito. Esta base constituye una importante herramienta de ayuda en la labor de la calificación registral” (Portillo, Á.; 2009, p. 57).

Además, por Ley N°: 28294, se creó el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial en el año 2004 donde SUNARP se constituye en el ente que preside el Consejo Nacional de Catastro).

Otro ente que forma parte de los administradores del catastro es el Instituto Geográfico Nacional, mismo que pertenece al Sector Defensa principalmente a los fines de elaborar y actualizar la Cartografía Básica Oficial del Perú. conforme a Ley N° 27292. Otro ente es el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INFEMMET) ente que forma parte del Ministerio de Energía y Minas.

Otro ente rector que administra el catastro es la Superintendencia de Bienes Estatales (SBN) también adscrita al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, ente encargado de normar los actos de adquisición, disposición, administración y supervisión de los bienes estatales, así como de ejecutar actos respecto de estos bienes a cargo de la

administración pública, conforme a la Ley N°. 29151, además administra el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales que concentra información catastral, técnica, jurídica y económica de los bienes estatales. Otro ente es el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el mismo Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

A nivel local, los entes encargados de administrar el catastro son las Municipalidades provinciales y distritales conforme a sus atribuciones establecidas en los artículos 73 y 70 de la Ley N°. 27972, otro a nivel de la Capital, es el Instituto Catastral de Lima, ente adscrito a la Municipalidad Metropolitana de Lima. Además, desde el proceso de regionalización, los Gobiernos Regionales, conforme al artículo 51, literal n., de la Ley N°.27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, son entes encargados de promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, lo que los hace partícipes del Sistema Nacional Integrado de Información Catastral, por la labor de saneamiento físico legal de predios rurales agrícolas bajo el D.L. 1089 por el cual COFOPRI transfiere parte de las facultades de saneamiento de la propiedad agrícola rural a los gobiernos regionales de forma excepcional.

CAPÍTULO III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados de la aplicación del instrumento de recolección de datos.

En el presente capítulo se ponen en manifiesto los resultados arribados de la aplicación del instrumento de recolección de datos (ficha de registro de datos) aplicada a veinte sentencias en Casación expedidas por las Salas de la Corte Suprema de la República del Perú, sobre procesos donde se debate el derecho de propiedad, de los cuáles los resultados obtenidos fueron los siguientes:

Tabla 1

Condición del Bien inmueble

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Bien inmueble inscrito	20	100
Bien inmueble no inscrito	00	00
TOTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra la condición de los bienes inmuebles objeto de procesos donde se debate el derecho de propiedad, procedentes de veinte casaciones expedidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, analizadas para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 1

Condición del bien inmueble



Análisis de la tabla 1 y de la figura 1: De las veinte sentencias de casación procedentes de las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre controversias donde se discute el derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe, se pudo observar que el 100% corresponde a bienes inscritos.

Tabla 2

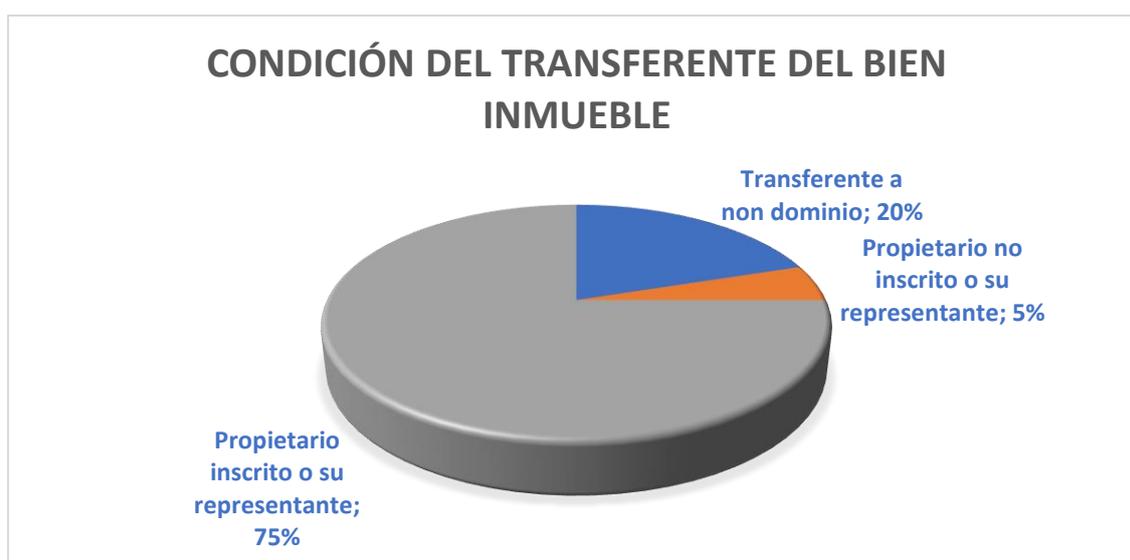
Condición del Transferente del bien Inmueble

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Transferente a non dominio	4	20
Propietario no inscrito o su representante	1	5
Propietario inscrito o su representante	15	75
OTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra la condición de los transferentes de los bienes inmuebles quienes enajenaron los inmuebles que dieron origen a los procesos donde se debate el derecho de propiedad, procedentes de veinte casaciones expedidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, analizadas para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 2

Condición del transferente del bien inmueble.



Análisis de la tabla 2 y de la figura 2: De las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de

buena o mala fe, se puede observar que el 5% corresponde a propietarios no inscritos o sus representantes; que el 20% corresponde a transferentes a non dominio; y, finalmente, que el 75% corresponde a propietarios inscritos o sus representantes.

Tabla 3

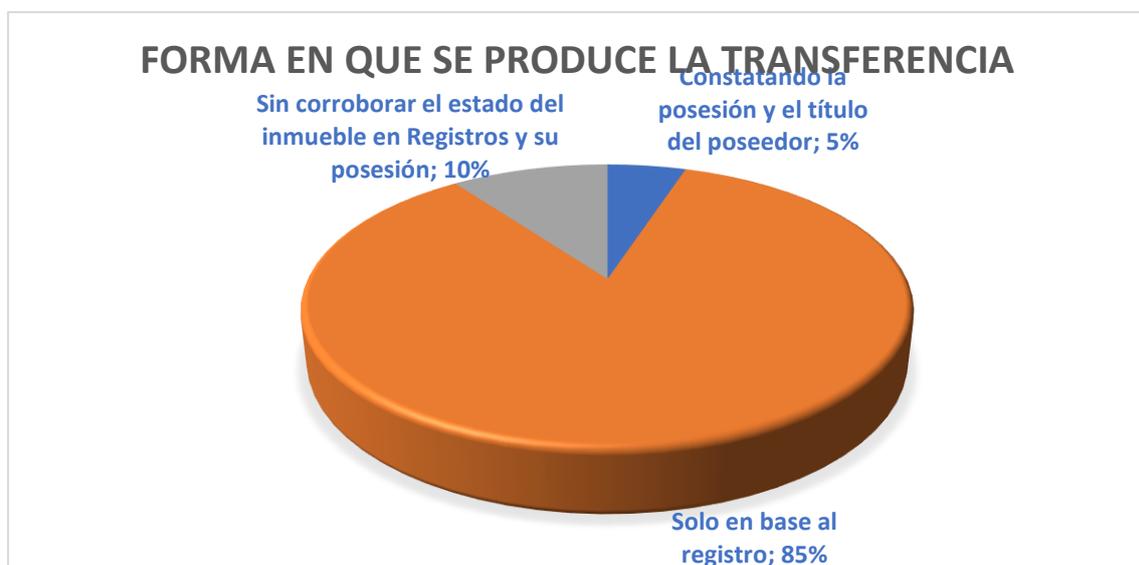
Forma en que se produce la transferencia de la propiedad del inmueble

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Constatando la posesión y el título del poseedor	1	5
Solo en base al registro	17	85
Sin corroborar el estado del inmueble en Registros y su posesión	2	10
TOTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra la forma en que se produce la transferencia de la propiedad de los inmuebles en los procesos donde se debate el derecho de propiedad, procedentes de veinte casaciones expedidas por la Corte Suprema de la República, analizadas para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 3

Forma en que se produce la transferencia de la propiedad del inmueble.



Análisis de la tabla 3 y de la figura 3: De las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe, se observa que en el 5% la forma en que se transfirió la propiedad fue constatando la posesión y el título del poseedor del inmueble; que en el 10% se transfirió la propiedad sin corroborar el estado del inmueble en registros públicos y sin corroborar la posesión; y, finalmente, que el 85% indica que las transferencias de la propiedad inmueble se realizaron solo con base en los registros públicos

Tabla 4

El adquirente amparado en la publicidad registral

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Adquisición se realizó de buena fe	14	70
Adquisición se realizó de mala fe	6	30
TOTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra cómo actuó el adquirente amparado en la publicidad registral, en los procesos donde se debate el derecho de propiedad, procedentes de veinte casaciones expedidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, analizadas para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 4

El adquirente amparado en la publicidad registral



Análisis de la tabla 4 y de la figura 4: De las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe, se tiene que en el 30% de los casos el adquirente amparado en el registro realizó la adquisición de mala fe; mientras que en un 70% de los casos el adquirente amparado en el registro actuó de buena fe.

Tabla 5

El adquirente amparado en la posesión del inmueble

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Adquisición se realizó de buena fe	6	70
Adquisición se realizó de mala fe	14	30
TOTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra cómo actuó el adquirente amparado en la publicidad por ejercicio de la posesión del inmueble, en los procesos donde se debate el derecho de propiedad, procedentes de veinte casaciones expedidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, analizadas para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 5

El adquirente amparado en la publicidad por la posesión



Análisis de la tabla 5 y de la figura 5: De las veinte sentencias de casación procedentes de la salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre procesos donde se discute el

derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe, se tiene que en el 30% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de buena fe; mientras que en un 70% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de mala fe.

Tabla 6

Resultado de la Casación

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Fundada	9	45
Infundada	11	55
TOTAL	20	100

Nota: Esta tabla muestra el resultado del fallo casatorio expedido en las veinte sentencias de casación expedidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República analizadas que versan sobre la controversias donde se debatió el derecho de propiedad, para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe.

Gráfico 6

El adquirente amparado en la publicidad por la posesión



Análisis de la tabla 6 y de la figura 6: De las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de Justicia de la República analizadas que versan sobre las controversias donde se debatió el derecho de propiedad, para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la posesión se ejerce de buena o mala fe se tiene que en el 45% de los casos la casación fue declarada fundada; mientras que en un 55% de los casos la casación fue declarada infundada.

CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión de Resultados.

La presente investigación se planteó como objetivo principal el demostrar que la inscripción constitutiva no convalidante es una alternativa a la inscripción declarativa, para alcanzar mayor seguridad jurídica en el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en Perú; para ello se partió de la hipótesis sobre que la inscripción constitutiva, frente a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, generaría mayor seguridad jurídica.

A los fines de la presente investigación, se realizó un análisis legal exegético, doctrinal y jurisprudencial de la regulación respecto de la transferencia de la propiedad inmueble conforme al artículo 949° del Código Civil de 1984, el cual se confronta con la inscripción constitutiva no convalidante y el cómo debe ser aplicada actuando bajo la funcionalidad de un “*modus acquirendi*” en el proceso de transferencia de la propiedad, siendo que, de un análisis comparado del derecho, la inscripción constitutiva se erige como una forma más efectiva de lograr una mayor seguridad jurídica en el tráfico jurídico de bienes a luz de un análisis económico del derecho.

Por ello, habiéndose aplicado el instrumento de recolección de datos, es decir, la ficha de registro de datos a veinte casaciones sobre procesos donde se discute la propiedad de los adquirentes en base a la buena o mala fe de su adquisición, sea que se amparen en el registro o en la posesión y la correlativa posibilidad de una inscripción declarativa, en líneas generales se arribaron a los siguientes resultados respecto de cada uno de los ítems empleados en el análisis casatorio.

Primero se tiene que de las veinte sentencias de casación procedentes de las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre controversias donde se discute el derecho de propiedad para determinar si la propiedad generada por el registro frente a la

posesión se ejerce de buena o mala fe, se determinó que el 100% de las mismas se corresponden a bienes inmuebles inscritos, lo que claramente permite delimitar que, en principio, la institución registral, si bien ha sido creada a fines de publicidad de los derechos y obligaciones que se inscriben y anotan en él, genera una sensación mayor de seguridad y certeza de la inscripción de su derecho registral de modo que, se ha podido determinar que el hecho de que exista un tracto sucesivo antes de la enajenación de los bienes inmuebles, implica que por un criterio de razonabilidad y lógica jurídica, la inscripción registral genera confiabilidad en el propietario y el grado de oponibilidad de su derecho.

Segundo, del análisis casatorio de las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, respecto de la condición del transferente, se pudo observar que el 5% corresponde a propietarios no inscritos o sus representantes; que el 20% corresponde a transferentes a non dominio; y, finalmente, que el 75% corresponde a propietarios inscritos o sus representantes.

Respecto de esto, se desprende que en el tráfico jurídico de bienes inmuebles, muchas veces, aún pese a la inscripción registral, existe la posibilidad de que en el tráfico jurídico se trate de propietarios ajenos a los que existan inscritos en registros públicos, empero ello no implica necesariamente la ilegalidad de tal acto traslativo, pues en el sistema jurídico peruano, a nivel del contrato de compraventa, existe la compraventa de bienes inmuebles ajenos, y, lógicamente, al tener un sistema jurídico donde la transferencia de la propiedad se transmite por el principio del *solo consensu* se tiene que es posible que, en ciertos casos, la transferencia del titular registral respecto de un propietario no inscrito enerve los efectos jurídicos contractuales, por lo que a luz de generar plena seguridad jurídica es menester requerir mínimas formalidades o revestimientos administrativos a la sola celebración del acto contractual como lo es la necesaria inscripción registral, sin que implique la

convalidación de vicios existentes en el proceso de formación del a voluntad o lesión de derechos de posibles terceros.

En tercer lugar, del análisis de las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad, se observa que en el 5% la forma en que se transfirió la propiedad fue constatando la posesión y el título del poseedor del inmueble; que en el 10% se transfirió la propiedad sin corroborar el estado del inmueble en registros públicos y sin corroborar la posesión; y, finalmente, que el 85% indica que las transferencias de la propiedad inmueble se realizaron solo con base en los registros públicos.

Esto demuestra que en su mayoría, el deber de comprador diligente, que requiere el conocimiento de la realidad extrarregistral junto a la registral, en un sistema jurídico basado en la publicidad por el registro y, en demérito de este, en base a la posesión, no se cumple a rajatabla por cuanto si bien el artículo 2014° del Código Civil lo de 1984 lo regula, en las relaciones jurídicas muchas veces la presencia de la copia literal actualizada expedida por el órgano encargado de dar publicidad (SUNARP), suele ser factor determinante y convincente para la mayoría de los posibles compradores de un inmueble, lo que se evidencia a luz de los resultados.

En cuarto lugar, de las veinte sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad, se tiene que en el 30% de los casos el adquirente amparado en el registro realizó la adquisición de mala fe; mientras que en un 70% de los casos el adquirente amparado en el registro actuó de buena fe. Esto demuestra que el derecho de propiedad adquirido en base al registro y que logra ser inscrito en los registros públicos, cumpliendo con un requisito indesligable de los sistemas registrales constitutivos, esto es el principio de buena fe registral, genera plena

certeza y seguridad jurídica, así como el que alcanza el suficiente grado de oponibilidad frente a derechos de igual naturaleza.

En quinto lugar, se tiene que, de las veinte sentencias de casación emitidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad, se tiene que en el 30% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de buena fe; mientras que en un 70% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de mala fe. Se observa, se tiene que se evidencia que la simple propiedad en mérito de la publicidad por la posesión es inoponible, o cuanto menos ineficaz, pues implica detentar un tributo de la propiedad que, frente a derechos de igual jerarquía debidamente inscrito, sin que implique un desconocimiento de la realidad extra registral, o actuación de mala fe del propietario que inscribe su derecho.

En quinto lugar, se tiene que, de las veinte sentencias de casación emitidas por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre procesos donde se discute el derecho de propiedad, se tiene que en el 30% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de buena fe; mientras que en un 70% de los casos el adquirente amparado la publicidad por la posesión del inmueble actuó de mala fe. Se observa, se tiene que se evidencia que la simple propiedad en mérito de la publicidad por la posesión es inoponible, o cuanto menos ineficaz, pues implica detentar un tributo de la propiedad que, frente a derechos de igual jerarquía debidamente inscrito, sin que implique un desconocimiento de la realidad extra registral, o actuación de mala fe del propietario que inscribe su derecho.

Finalmente, del análisis de las veinte sentencias de casación expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República, que versan sobre las controversias donde se debatió el derecho de propiedad, se tiene que en el 45% de los casos la casación fue declarada fundada;

mientras que en un 55% de los casos la casación fue declarada infundada. Este dato resulta referencial sobre cómo el comportamiento a nivel casatorio son resueltas en mérito de quiénes formulan tal recurso, por lo que, en su mayoría, al ser opuestas ante propietarios registrales, muchas de ellas decaen en una evidente desestimación.

Frente a los resultados obtenidos en la presente investigación se tienen el contraste de los arribados por los antecedentes de investigación, en principio tenemos a las que considera Sandoval, E. (2023), en su tesis doctoral *La función del Registrador de la propiedad en la protección especial de dominio público en el actual Registro de la Propiedad Global* en principio, en su análisis comparativo de los sistemas registrales frente al derecho registral español, considera que, en los sistemas de registro de derechos, donde se resalta el caso Alemán y Suizo, indica que “se caracteriza porque la inscripción tiene un efecto positivo, desplegando una amplia protección hacia el adquirente mediante el aseguramiento de su derecho inscrito” (p.46). Por tanto en su recapitulación y conclusiones,, el investigador en su propuesta respecto de la necesaria inscripción en el registro de los bienes de dominio públicos estatales señala que debe recaer en una necesaria obligatoriedad para la administración pública a fin de que se dotarlas de las características inherentes a la propiedad estatal -para su oponibilidad, inalienabilidad y su inembargabilidad- es menester el necesario y complejo sistema de comunicación entre el Registro y el Catastro pues es por medio de la fusión de ellos es necesaria por las imposiciones de reformas legislativas realizadas en el derecho inmobiliario español.

Ante esto, señala que a efectos de la inscripción de bienes de dominio público, a los fines de despliegue de la oponibilidad *erga omnes* que otorga el sistema registral, por lo que es menester la necesaria implementación de medidas alternativas a la catastral que sirvan de base gráfica de punto de referencia para el catastro por cuanto en un sistema de comunicación Catastro-Registro se requiere “la necesidad de conformidad por parte de la

institución catastral de las actuaciones del Registro de la propiedad en procedimientos registrales de inscripción de base gráfica” (Sandoval, E.; 2023, p.409).

Por ello considera que la unidad de un registro inmobiliario como el español se cimentan sobre la “finca registral”, así como en el Perú se tiene al predio (que no es sino un sinónimo de finca), pues dicho término comprende en sí el de fincas de dominio público (bienes estatales de dominio público en el sistema jurídico de bienes peruano); pero a su vez, permite delimitar entre estas y las privadas; puesto que implica una necesaria base de datos gráfica catastral, preferentemente. Sin embargo, esto enmarca una tendencia predominante al desarrollo del derecho inmobiliario, el cual, para Sandoval, E. (2023) implica:

...crear, desde distintos ámbitos de actuación (bases gráficas, dominio público, situaciones especiales) un folio registral completo que permita dar toda la información necesaria para que el titular registral de la finca conozca las limitaciones y afecciones a que está sujeta su finca. (p.411).

De lo antes mencionado, se tiene que entonces para la obtención de un sistema registral que despliegue todos sus efectos, es menester una necesaria coordinación entre él y el catastro o entidad encargada de formarlo a fin de tener una base física sólida registral.

En el caso de Pizarro, R. (2014), en su memoria para obtener el grado de Licenciado titulada *Aspectos procesales en la implementación de un Registro Inmobiliario Electrónico*, refiere que al fin de que el registro despliegue sus efectos en un contexto de digitalización de todo lo documental que en los últimos años vienen dándose en diversas partes del mundo, es necesario implementar dichos avances tecnológicos y a nivel de infraestructura en el conocimiento técnico y teórico a efectos de facilitar la inversión pública y privada que permiten señalar la factibilidad de un registro inmobiliario electrónico.

Señala que por ello:

Es esta la técnica a la cual debemos migrar no por un afán de copiar al resto de los sistemas, sino por las ventajas que brinda tanto en el trabajo interno de las oficinas como para el servicio que se presta para la comunidad, que solicita a diario la consulta de los Registros para el estudio de los títulos. (Pizarro, R.; 2014; p.215).

Por lo que es necesario a los efectos de un registro como el del sistema de transferencia inmobiliaria chilena, la factibilidad de implementar un archivo digital o electrónico de todo y cuanto existe de modo que los Conservadores del Registro de Propiedad chileno, puedan más factiblemente conservar los actos que se anotan en dichos registros, esto por cuanto en el derecho inmobiliario Chileno, se emplea para efectos de la traslación del dominio de los inmuebles la figura del título y el modo, funcionando en este último a modo de ficción jurídica pues, al estar adscrita a los sistemas de doble causa, conforme lo señala Fernández, G. 1994 cuando dice que “(...) bajo la ficción de reputar efectuada la tradición con la inscripción en el registro inmobiliario: el sistema chileno (artículo 686 de su Código Civil)”. Se evidencia que el derecho de propiedad sobre inmuebles se transmite o perfecciona únicamente por la ficción jurídica de la inscripción del acto jurídico traslativo.

Por ello la función del conservador registral chileno, se vería facilitada con la implementación de un registro inmobiliario electrónico, que permitiera la rápida inscripción de los actos jurídicos en general, siendo que, al igual que el derecho peruano, por ejemplo, se cimentan en el principio del folio real. Empero, también es necesaria la cooperación de un ente catastral con registros públicos que permitan la factibilidad de la regulación. Por ello Pizarro, R. (2014) señala que:

No es por tanto algo inimaginable lo que se plantea en este trabajo, un aspecto particular de modernización dentro los distintos que se encuentran actualmente en discusión, solo falta que nuestro legislador reconozca legalmente esta realidad,

modificando el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, incorporando el Registro Inmobiliario electrónicos estructurados en base al Folio real. (p.217).

Respecto del trabajo monográfico previo a optar el Título de licenciados en Derecho realizado por Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S. (2013). *¿Declaratividad o Constitutividad de los Registros Públicos y Mercantiles de Nicaragua, de conformidad con la Ley 698*, de la valoración de la Ley N°.698, es posible delimitar la naturaleza jurídica de la institución registral en un marco jurídico como el nicaragüense, por lo que, señalan que a luz de los artículo 46 y 49 de la Ley General de Registros Públicos o Ley N°.698, de donde indican que existe que, en virtud del artículo 46 de dicha ley, se tiene que los registros son de carácter constitutivos, por cuanto textualmente señala que únicamente se constituirán derechos por quien tenga inscrito los mismos en el registro o por quien lo adquiriera en el mismo instrumento. Es por ello que se tiene que el hecho de que un derecho se constituya por la inscripción del mismo en registros públicos “la inscripción es obligatoria, ya que si no se inscribe no hay derecho, por consiguiente, los títulos sujetos a inscripción que no estén debidamente inscritos no perjudican a terceros sino desde la fecha de su presentación al Registro respectivo” (Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S.; 2013, p.45).

Por ende, si contraponemos lo dicho por el artículo a su literalidad, podría intuirse que el registro nicaragüense es constitutivo, empero, del artículo 49 del mismo en cuanto expresa que los derechos materiales existentes fuera del registro, siempre que sea de buena fe y a título oneroso, guiado de quien figurase en el registro con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, de lo que se desprende la evidente naturaleza declarativa del registro, pues, si fuera un sistema constitutivo, dichos actos al margen del registro, no serían reconocidos ni plenamente oponibles en mérito a la buena fe alegada.

Los autores señalan que la regla dentro del derecho real nicaragüense está dada por la transmisión de los mismos y, por ende, su constitución, con independencia del Registro de propiedad pues como indican que, por la doctrina, así como por la jurisprudencia de identifica. Esto nos permite señalar que al igual que el derecho peruano, como se ha explicado en la presente investigación, el sistema registral es declarativo, y por ende no gesta o concreta el derecho de propiedad al margen del registro, pues como indican Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S. (2013):

... el derecho real nace, existe fuera del registro y las inscripciones que en este se practican se refieren a derechos reales ya existentes careciendo de toda eficacia para el nacimiento, existencia y validez del mismo, el registro solo sirve para dar publicidad. (p.47).

También se tiene que Sáenz, L. (2017), en su Tesis para optar al título de Abogado, señala que la *Instauración de un sistema constitutivo en la inscripción ante Registros Públicos sobre las transferencias inmobiliarias en el Perú*. Aquí el auto de la investigación refiere a que el sistema constitutivo es el más adecuado para la realidad peruana, ya que ofrece el mayor beneficio en términos de seguridad jurídica. Al adquirir un bien, es crucial garantizar que no surgirán problemas futuros y disfrutar de una tranquilidad sin preocupaciones por posibles disputas legales. En este contexto, el comprador que inscribe su inmueble se convierte en propietario legal. Incluso si hubiera un comprador anterior que no haya registrado su propiedad, cualquier transferencia de propiedad a otro comprador sería invalidada o resuelta debido a la falta de inscripción.

Para ello emplea un análisis respecto de la doctrina que respalda cada uno de ellos y sobre todo, realiza un análisis comparativo con legislaciones extranjeras tales como el sistema alemán, el sistema suizo, el sistema chileno y el salvadoreño, donde existen diversas formas de inscripción constitutiva.

El autor de dicha investigación concluye que, el sistema peruano de transferencia de propiedades, que sigue el enfoque consensual según la legislación peruana, se considera inapropiado para asegurar transacciones seguras, lo que puede resultar en problemas para los compradores debido a la falta de seguridad legal. También dice que es crucial que el ordenamiento jurídico peruano refleje de manera efectiva la realidad y minimice los problemas para quienes adquieren propiedades. Esto implica evitar contradicciones normativas y proporcionar claridad para proteger adecuadamente a los propietarios de bienes inmuebles.

Señala que, en las transferencias de bienes inmuebles en el Perú, no existe un sistema efectivo que se ajuste a la realidad del país, ya que las normativas del ordenamiento jurídico generalmente no resuelven los conflictos que surgen cuando el inmueble no está inscrito. El sistema constitutivo en las transferencias de propiedades inmobiliarias en el Perú proporciona seguridad jurídica, siendo el mejor método de publicidad que permite hacer valer los derechos frente a terceros. Asimismo, dice que La inscripción registral bajo el sistema constitutivo representa el momento crucial para la transferencia de propiedad, siendo un requisito fundamental para que esta se complete.

Sánchez, S. (2016), en su tesis para optar al título de abogado titulada *¿Qué tan necesario es un sistema constitutivo registral? A propósito del conflicto embargo escrito vs. Propiedad no inscrita, en el ordenamiento jurídico peruano*. En esta investigación el autor tiene en cuenta la doctrina registral principalmente, la cual presume que el contenido de los registros es de conocimiento público a efectos de actuar como instrumento de publicidad, por ello a efectos de certeza respecto de la verdadera relación jurídica entre el titular y el bien objeto de inscripción, es necesario dotarla de un alcance mayor, que sea más adecuado a los efectos de la oponibilidad que de él se pretende, es decir: el registral constitutivo.

Esto por cuanto indica el autor de dicha investigación que; un sistema de transferencia basado en el solo consenso como elemento suficiente para constituir derechos reales genera un aumento multiplicativo de los costos de transacción (traducidos en costos de identificación y transferencia) pues no es posible saber con seguridad a quien le pertenece. En sentido opuesto, se puede sustentar concisamente que el sistema registral constitutivo genera una disminución de dichos costos.

Finalmente aparece Calle, G. (2018). En su tesis titulada *Relevancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de las transferencias de la propiedad inmueble como garantía de la seguridad jurídica privada en el Perú*. Quien desde una visión funcional evalúa el rol notarial como agente de nexo entre la transmisión de la propiedad a nivel del título y como el que la encamina, una vez expedida la escritura pública hacia la inscripción registral en SUNARP.

Dicha investigación arribó a los siguientes resultados luego de aplicar un instrumento de entrevista hacia una muestra heterogénea de veinte personas entre ellas abogados, notarios, registradores y trabajadores de SUNARP: primero se les preguntó respecto a si el actual sistema registral de propiedad inmueble brinda seguridad, se tiene que el 82% de los encuestados considera que el presente sistema registral inmobiliario no genera seguridad mientras que un 18% expresó que sí genera seguridad.

Respecto a la pregunta dos, sobre si se debe asumir un sistema constitutivo de propiedad, tuvo como respuesta que un 75% considera necesario el establecimiento de un sistema constitutivo; mientras que un 25% considera que se debe mantener el sistema declarativo. Respecto a la tercera pregunta sobre si está de acuerdo con la modificación del artículo 949° del Código Civil y la aplicación del último párrafo de la Décimo Tercera disposición del Decreto Legislativo N°.1049, a la finalidad de asegurar el derecho de

propiedad, el 75% respondió estar de acuerdo, mientras que un 25% manifestó estar en desacuerdo.

Lo antes mencionado en relación a la hipótesis planteada en la presente investigación frente a los resultados de los antecedentes de investigación llevan a colegir que, en forma común, existen posturas que postulan o cuanto menos sugieren la necesidad de reformar el sistema de transferencia de la propiedad inmueble, abandonando el espíritu consensualista del artículo 949° del Código Civil de 1984, y, reformándolo, adoptar un sistema que se incline hacia un sistema de transferencia de la propiedad registral constitutivo. Empero, a los efectos de la presente investigación siendo que existen limitaciones para virar radicalmente hacia un sistema registral constitutivo puro, se opta como propuesta en base a un sistema registral constitutivo no convalidante.

4.2. Propuesta de modificatoria del Sistema de transferencia de la propiedad para bienes inmuebles.

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 949° DEL CÓDIGO CIVIL

Proyecto de Ley N°....

SUMILLA: PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 949° DEL CÓDIGO CIVIL ESTABLECIENDO UN SISTEMA REGISTRAL CONSTITUTIVO NO CONVALIDANTE EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERÚ.

Los ciudadanos que suscriben la presente, que hacen un total del 0.3% de la población electoral nacional habilitada para sufragar y estando a lo establecido en el artículo 107° de la Constitución Política de la República del Perú y estando a lo establecido en los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentamos la siguiente iniciativa legislativa:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 949° DEL CÓDIGO CIVIL ESTABLECIENDO UN SISTEMA REGISTRAL CONSTITUTIVO NO CONVALIDANTE EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERÚ.

1. Exposición de Motivos

Me dirijo a ustedes con el propósito de presentar una propuesta de modificación al artículo 949 del Código Civil Peruano, con el objetivo de fortalecer la seguridad jurídica en las transferencias de propiedad de bienes inmuebles mediante la implementación de un sistema de inscripción registral constitutiva no convalidante.

El artículo 949 del Código Civil actualmente establece un sistema consensualista o del contrato con efectos reales, donde la simple voluntad de las partes es suficiente para transmitir la propiedad de un bien inmueble. Sin embargo, en la práctica, esta disposición puede generar incertidumbre y conflictos, especialmente cuando no se lleva a cabo la inscripción registral del inmueble.

La propuesta de modificación busca introducir un sistema de inscripción registral constitutiva no convalidante como causa eficiente de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Esto significa que la inscripción en el registro público no solo será un acto declarativo de derechos preexistentes, sino que se convertirá en el momento decisivo y esencial para la transmisión legal de la propiedad. De este modo,

se garantiza que la transferencia de propiedad sea clara, inequívoca y plenamente protegida ante terceros.

Es fundamental adaptar nuestro marco normativo a las exigencias modernas de seguridad jurídica y transparencia en las transacciones inmobiliarias. La implementación de un sistema de inscripción registral constitutiva no convalidante no solo simplificará los procedimientos administrativos, sino que también mitigará los riesgos de litigiosidad y controversias legales.

Además, esta modificación al artículo 949 del Código Civil Peruano estará alineada con estándares internacionales de buenas prácticas en materia de propiedad inmueble, promoviendo un ambiente favorable para la inversión y el desarrollo económico.

En conclusión, solicito respetuosamente a esta honorable comisión considerar esta propuesta de modificación como un paso crucial hacia la mejora de nuestro sistema jurídico, asegurando así un entorno legal más justo y eficiente para todos los ciudadanos y empresas que participan en el mercado inmobiliario.

Agradezco de antemano la atención y el apoyo que puedan brindar a esta iniciativa en beneficio del progreso y bienestar de nuestra sociedad.

Atentamente,

[Nombre]

Lima, ... de del

2. Fórmula Legal

Se plantea la modificación del artículo 949° del Código Civil, mismo que regula la transferencia del derecho de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú, el mismo que lo regula en los siguientes términos:

“Transferencia de propiedad de bien inmueble

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

Debiendo precisarse de la siguiente manera:

“Transferencia de propiedad de bien inmueble

Artículo 949°.- La transferencia de la propiedad de bien inmueble se da por la inscripción de justo título en registros públicos, de modo que conste el perfeccionamiento del título que transfiere la propiedad del inmueble. La inscripción en registros públicos, no convalida los vicios y errores por los cuales se anule, rescinda o enerven los efectos del título que dio origen a la inscripción del mismo y el perfeccionamiento de la propiedad del titular registral procediéndose a la cancelación del asiento respectivo.

En caso de bienes no inscritos, se admite la detentación de la propiedad del que posee justo título no inscrito con documento de fecha cierta antes de la entrada en vigor de la presente modificatoria. Sin embargo, previa transferencia de la propiedad, deberá sanearla inmatriculando la misma en registros públicos, bajo sanción de nulidad.”

3. Análisis costo beneficio

Implementar un sistema de inscripción registral constitutiva no convalidante que actúe como causa eficiente de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles frente al sistema consensualista actual, según el artículo 949 del Código Civil Peruano implica una serie de beneficios tal como que la inscripción registral constitutiva no convalidante proporcionaría certeza y seguridad jurídica a todas las partes involucradas en las transacciones inmobiliarias. Al hacer de la inscripción un requisito indispensable para la transferencia de propiedad, se reduciría significativamente el riesgo de disputas legales y litigios relacionados con la propiedad inmobiliaria.

La inscripción registral constitutiva garantizaría que los derechos adquiridos sobre bienes inmuebles sean oponibles frente a terceros. Esto es crucial para proteger a los compradores y acreedores que necesitan certeza sobre la propiedad de los bienes inmuebles involucrados en transacciones comerciales. Al establecer claramente cuándo se perfecciona la transferencia de propiedad (con la inscripción registral), se elimina la ambigüedad que puede surgir bajo el sistema consensualista actual, donde la simple voluntad de las partes puede no ser suficiente para determinar la propiedad válida ante terceros.

Muchos sistemas jurídicos modernos y eficientes utilizan un sistema de inscripción registral constitutiva como método estándar para la transferencia de propiedad inmobiliaria. Adoptar esta práctica podría mejorar la credibilidad y la confianza en el sistema legal peruano, facilitando así la inversión extranjera y la integración económica global.

La implementación de un sistema registral constitutivo no convalidante a su vez implican costos que, a la larga, en un periodo de tiempo, con la consolidación de dicho sistema de transferencia de la propiedad, resultarán provechosos. Dichos costos se evidencian principalmente en que implementar un sistema de inscripción registral constitutiva requerirá inversiones en infraestructura tecnológica y capacitación para el personal administrativo del registro público. Esto podría implicar gastos iniciales significativos. Habrá un período de transición durante el cual las partes involucradas en transacciones inmobiliarias se adaptarán al nuevo sistema. Esto podría generar cierta resistencia inicial y requerirá educación y divulgación sobre los nuevos requisitos y procedimientos; y, dependiendo de cómo se implemente, podría haber un aumento en la carga administrativa para los ciudadanos y las empresas que participan en transacciones inmobiliarias, especialmente si los procesos no se simplifican adecuadamente.

CONCLUSIONES

5.1. Conclusión General.

El presente trabajo de investigación ha logrado determinar que la fórmula establecida en el artículo 949° del Código Civil, y por ende, la correlativa existencia de un sistema registral meramente facultativo con orientación hacia un registro declarativo de derecho y publicitario del mismo, resulta perjudicial para la seguridad jurídica de quienes pretende ostentar la propiedad amparados en él, por lo que es menester establecer, como fórmula traslativa de la propiedad un registro constitutivo no convalidante, de modo que el perfeccionamiento del derecho de propiedad inmueble sea consecuencia de la inscripción en registros públicos que no convalide vicios preexistentes al hecho de la inscripción.

5.2. Conclusiones específicas.

- La presente investigación ha permitido una comprensión integral del derecho de propiedad y su transferencia, analizando sus antecedentes y evolución tanto en la tradición romanística como en la codificación nacional peruana. A través del estudio histórico y doctrinal, se ha evidenciado la forma en que se ha moldeado el concepto de propiedad y su transferencia en el Perú a lo largo del tiempo.

- Asimismo, al comparar los sistemas de transferencia de la propiedad inmobiliaria en las dos grandes familias del derecho, el derecho continental y el common law, se ha destacado la diversidad de enfoques y mecanismos adoptados por cada sistema. Esta comparación ha permitido identificar las fortalezas y debilidades inherentes a cada sistema, proporcionando una visión más completa y crítica del derecho de propiedad.

- En cuanto a los sistemas registrales, la diferenciación entre los sistemas constitutivo y declarativo, así como el análisis de los principios registrales asociados a cada uno, ha sido fundamental para entender sus características y el impacto que tienen en la seguridad jurídica. Se ha observado que, mientras el sistema constitutivo ofrece una mayor certeza y

protección a los derechos inscritos, el sistema declarativo presenta ciertas vulnerabilidades que pueden afectar la confianza y estabilidad en las transacciones inmobiliarias.

- Del análisis de veinte sentencias en casación emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, se determinó que, en resumidas cuentas, se tiene que en el 100% de las casaciones el bien objeto de litigio era un bien inscrito además; se demostró que el 55% de las mismas fueron declaradas fundadas; asimismo, se tiene que el 70% de los propietarios amparados en la inscripción registral obtuvieron la propiedad de buena fe, mientras que de los amparados en la posesión (en base al principio del *solo consensus*) solo el 30% adquirieron la propiedad de buena fe; por lo que se corrobora la hipótesis de que un sistema amparado en un registro constitutivo no convalidante, generaría mayor seguridad jurídica siendo que, en un sistema facultativo-declarativo, de por sí, lo genera siempre que se concrete la inscripción en el mismo.

RECOMENDACIONES

- Desde el punto de vista teórico se recomienda a la comunidad jurídica en general, continuar con la presente investigación a fin de seguir reforzando la transferencia de la propiedad en base a un sistema registral no constitutivo, por lo cual debe procederse a reforzar dogmáticamente la figura de la inscripción constitutiva no convalidante, de modo que se profundice sobre la viabilidad de aplicar dicha forma jurídica al sistema de transferencia de la propiedad inmobiliario en el Perú.

- Es esencial promover una reforma legislativa que modifique el artículo 949 del Código Civil para establecer claramente el carácter constitutivo del registro. Esta reforma debe incluir disposiciones que fortalezcan la seguridad jurídica y eliminen la posibilidad de convalidación de actos registrales defectuosos o vicios ocultos y/o que se encuentren en el acto contractual.

- Invertir en la modernización de las infraestructuras tecnológicas de los Registros Públicos para asegurar una gestión eficiente y segura de los registros. Esto incluye la implementación de sistemas digitales avanzados que faciliten el acceso y la actualización de la información registral.

REFERENCIAS

LIBROS

- Albaladejo, M. (1989). *Derecho Civil. Parte Tercera vol. I*. Sexta Edición, Editorial Bosch. Barcelona, España.
- Álvarez Caperochipi, José Antonio (1995). *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*. Editorial Comares. Granada, España.
- Arias-Schreiber Pezet, Max. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Contratos-Nominados. Tomo II*. Ed: Normas Legales. Lima, Perú.
- Arias-Schreiber, M. (1998). *Exégesis*. Tomo IV. Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
- Arias-Schreiber, M. (2000). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo III, Lima, Perú.
- Arruñada, B. (2004). *Sistema de titulación de la propiedad*. Editorial Palestra Editores. Lima, Perú.
- Avendaño, J. (2003). *Código Civil Comentado – Por los Cien Mejores Especialistas*. Tomo V. Editorial: Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Barbero, D. (1967). *Sistema de derecho privado, Tomo IV, contratos*. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina.
- Barnes Vázquez, J. (1988). *La propiedad constitucional (El estatuto jurídico del suelo agrario)*. Editorial Cívitas. Madrid, España.
- Bonivento Fernández, J. (2002). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 15ª edición, Ediciones librería del profesional. Colombia.
- Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*. (5ª ed., Vol. 1). Editorial: La Ley. Buenos Aires, Argentina.
- Bullard, A. (1991). *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. ARA Editores, Lima, Perú.

- Bunge, M. (2007). *La investigación científica*. Ed: Siglo XXI. México.
- Cano Tello, C. (1992). *Manual de derecho hipotecario*. Editorial: Civitas. Madrid, España.
- Carot, A. (2001). *Control estadístico de la calidad*. Ed: Alfa Omega Grupo Editor. México
- Castán Tobeñas, J. (1950). *Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid, España.
- Cecchini Rossel, X. (2002). *La Obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España.
- Chaves, C. y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais*. (6ª ed.). Editorial: Lumen Juris. Río de Janeiro
- Chico y Ortiz (1994). *Estudio sobre Derecho Hipotecario. Tomo I*. Marcial Pons Tercera Edición. Madrid, España.
- Clemente, M. (2000). *El acreedor de dominio*. Editorial: Tirant Lo Blanch. Valencia, España.
- Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (1928). *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*. Quinto Fascículo. Imprenta Castrillón. Lima, Perú.
- Cossío y Corral, Alfonso (1988). *Instituciones de derecho civil*. Editorial Civitas, Madrid, España.
- Cuadros Villena, C. (1994). *Derechos Reales Tomo I*. Editorial: Cultural Cuzco, Lima, Perú.
- Cuadros, C. (1999). *Derechos reales*. Tomo I, primera edición, Editorial: Ediciones jurídicas del Perú. Lima, Perú.
- De Molina, A. (1946), Los seis libros de la justicia y el derecho, tr. Fraga, Trat. II, disp. 2, nº. 3. Cuenca, Madrid, España.
- Del Valle, A. (1903). *Manual del Registro de la Propiedad Inmueble*. Librería e Imprenta Gil. Lima, Perú.

- Enneccerus, L.; Kipp, T. y Wolff, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil*. Traducción de José Alguer y Blas Pérez Gonzáles, Bosch Casa Editorial. Barcelona, España.
- Ferrer, J. y Zuluaga, A. (2013). *Interpretación y argumentación jurídica*. 2ª. Ed., Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato*. Traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres. Editorial Grijley, Lima, Perú.
- Frere, S. (1987). *Britannia. A History of Roman Britain* (Tercera edición). Ed: Routledge and Kegan Paul. Lóndres, Inglaterra.
- Fueyo Laneri, Fernando (1982). *Teoría General de los Registros*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Gallardo Echenique, E. (2017). *Metodología de la Investigación: manual autoformativo interactivo*. Universidad Continental. Huancayo, Perú.
- Gama, G. (2001). *Dereitos reais*. Editorial Atlas. São Paulo, Brasil.
- García García, J. (1988). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, España.
- García M, Ibáñez J, Alvira F. (1993). *La encuesta*. En El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de Investigación. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993; p. 70-140
- García, V. (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. (Tomo II, Vol. II). Editorial de la Universidad de Lima. Lima, Perú.
- Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio*. Editorial: Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Gonzáles, G. (2005). *Derechos Reales*. Ediciones Legales. Lima, Perú.
- Gonzáles, G. (2016). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Editorial: Juristas Editores. Lima, Perú.

- González, N. (2010). *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*. Segunda Edición, ed: Juristas Editoriales E.I.R.L. Lima, Perú.
- González, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*. Editorial: Jurista. Lima, Perú.
- Lacruz Berdejo, J. (2011). *Derecho inmobiliario registral*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, España.
- Lacruz, J. y Sancho, F. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Editorial: José María Bosch Editor. Barcelona, España.
- Lasarte Álvarez, C. (1991). *Curso de derecho civil patrimonial*. 3ra edición, Editorial Tecnos. Madrid, España.
- Manzano Solano, A. (1991). *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, España.
- Mariani, M. (2009). *Derechos reales*. (Vol. 1). Editorial: Zavalía. Buenos Aires, Argentina.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho Civil y Comercial*. Editorial EJEA Buenos Aires, Argentina.
- Molinario, A. (1971). *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*. Registro de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina.
- Morales, R. (2012). *La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas*. Priori Posada, C. Estudios sobre la propiedad. Editorial: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Moya, M. y García-Rodrigo, Á., (2001). *Catastro, valoración y tributación inmobiliaria rústica*. Editorial: Artemedia Comunicación S.L. Madrid, España.
- Neussbaum, A. (1929). *Tratado de derecho hipotecario alemán*. Traducción de Wenceslao Roces. Editorial: Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España.

- Osterling, F. (1985). *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del C.C.* Lima, Perú.
- Peñailillo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.
- Petit, Eugene (1961). *Tratado Elemental de Derecho Romano.* Editorial Albatros, Buenos Aires.
- Pineda, J. (1990). *Manual Teórico Práctico de Metodología de la Investigación Aplicada al Derecho.* Puno, Perú.
- Planiol, M. (1901). *Tratado elemental del derecho civil.* Conforme al Programa Oficial de la facultad de español.
- Portillo, Á. (2009). *El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión.* Editorial Palestra. Lima, Perú.
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de Derecho Civil.* 3ra edición, Editorial Pirámide. Barcelona, España.
- Ramírez, E. (2007). *Tratado de Derechos Reales. Tomo II.* Editorial: Rodhas. Lima, Perú.
- Roca, R. (1954). *Derecho Hipotecario.* Tomo I. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España.
- Roca, R. y Roca-Sastre, L. (1997). *Derecho Hipotecario Dinámica Registral. Tomo IV.* Editorial Bosch, Barcelona, España.
- Rojina, R. (2012). *Derecho Civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión.* (15ª ed., Vol. II). Editorial: Porrúa. Ciudad de México, México.
- Sustaeta, A. (1978). *Propiedad y urbanismo: (lo urbanístico como límite del derecho de propiedad).* Editorial Montecorvo. Madrid, España.
- Varsi, E. (2019). *Tratado de Derechos Reales. Posesión y propiedad. Tomo 2.* Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, Perú.
- Wolff, M. (1970). *Tratado de Derecho Civil.* Tercera edición, Editorial Bosch. Barcelona, España.

REVISTAS

- Arias, K. (2020). *Sistemas Registrales Constitutivo y Declarativo, y la seguridad jurídica en procesos de transferencia de bienes inmuebles en el Perú*. Tesis para optar al título profesional de abogado. Universidad Andina del Cusco. Puerto Maldonado, Perú.
- Avendaño Valdez, J. (2015). *Derecho a la propiedad*. Gutierrez Camacho, W. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. (3ª ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño, J. (2000). *El derecho de propiedad, el sistema registral peruano y la reforma del Código Civil*. En: Folio Real Revista de Derecho Registral y Notarial, Año 1, N° 2.
- Bullard, A. (1991). *Un mundo sin propiedad. Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble*. Revista Derecho, N° 45. Lima, Perú.
- Cantuarias, F. (1997). *Bienes muebles e inmuebles Vs. Bienes Registrables y no Registrables*. En: Revista del Magíster en Derecho Civil, vol. I. Lima, Perú.
- Carretero, T. (1974). *Los principios hipotecarios y el derecho comparado*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 500 Enero-Febrero Año 1974.
- Cordero, E. y Adunate, E. (2008). *Evolución Histórica del concepto de Propiedad*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Vol. XXX. Valparaíso, Chile. pp. 345-385.
- Corona Cortez, R. (2015). *Los Métodos Estadísticos como fuente de mejora de la calidad en las empresas de manufactura*. novaRua, revista universitaria de administración ISSN: 2007-4042, Universidad Tecnológica; pp 16-25.
- Delgado, A. (1999). *Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios*. En Revista ius et veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 18. Lima, Perú, pp. 254-262.

- Escobar, F. (2002). *El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano*. Revista ius et veritas, núm 25. Lima, Perú. pp. 46-60.
- Escobar, F. (2002). *Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad. Análisis crítico del artículo 923° del Código Civil*. Revista: ius et veritas. Lima, Perú. pp. 106-117.
- Fernández, G (1994). *La Obligación de enajenar y el Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Perú*. Ponencia sustentada por el autor en las “Primeras Jornadas de Derecho Civil” organizado por el Colegio de Abogados de Lima y el Seminario de Derecho Privado “Ramón Serrano Suñer” publicado por Themis, Revista de Derecho. Lima, Perú. pp. 149-173.
- Fernández, G. (1994). *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*. En: Themis, Revista de Derecho. Lima, Perú.
- Fortunat, J. (2016). *La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el Derecho Privado Europeo (DCFR y CESL)*. Revista Chilena de Derecho Privado, núm 26, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. pp. 231-268.
- Gálvez, G. (2021). *Nuevos perfiles de la transferencia de la propiedad y la seguridad jurídica*. LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Vol. 17. N° 1, pp. 113-125.
- García M, Ibáñez J, Alvira F. (1993). *La encuesta*. En El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de Investigación. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993; p. 70-140.
- García, J. (1995). *La finca como base del sistema inmobiliario*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo de la reforma hipotecaria de 1994. Madrid, España.

- González, G. (2016). *Bases fundamentales del derecho registral*. Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial Números 4-5, Año 2015-2016, pp. 123-154.
- Gutiérrez, A. y Gutiérrez, A. (2011). *La compra de inmuebles en los Estados Unidos. Estructura legal. Las hipotecas SUBPRIME*. Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm 124, pp. 121-169.
- Horvath, A., & Pérez, J. (2021). *Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo?*. Revista: Cuadernos De Derecho Transnacional, Vol. 13, núm. 2. Universidad Pablo de Olavida. Sevilla, España. pp.256-288.
- La Puente, M. (2002). *Perfeccionamiento de la Transferencia de la Propiedad*. En revista: Folio Real, año III N° 7. pp. 104.
- Loayza-Maturrano, E. (2021). *El fichaje de investigación como estrategia para la formación de competencias investigativas*. Revista: Educare et comunicare, 9(1). Chiclayo, Perú. pp. 67-77.
- López Medel, J. (1995). *Derecho comparado: sistema austriaco*. En revista Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica. Estudios de derecho y sociología registral, CRPME, Madrid, España.
- MacDooald, K. y Tipton, C. (1993). *Using documents*, en Gilbert N. (comp.): Researching social life, London, England, pp. 187-200.
- Miranda, M. (1982). *El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia*. Revista de Derecho Notarial, N° 116, abril-junio 1982.
- Oviedo, J. (2004). *La transferencia del dominio en el contrato de compraventa. Sistema romano germánico*” Revista Vniversitas de la Pontifica Universidad Javeriana, núm. 107. Bogotá, Colombia, pp. 451-470.

- Parra Rivera, R. (2015). *Transferencia de la Propiedad en los contratos de compra-venta internacional de bienes muebles determinados*. Revista: Gestión en el Tercer Milenio, Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol 18-1, N° 35, Lima, Perú, pp. 9-27.
- Pau, A. (1997). *La teoría de los principios hipotecarios*". En VV.AA. La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años, CRPME, Madrid, España.
- Peña, M. (1963). *El Sistema Registral Francés*. En Revista crítica de Derecho Inmobiliario N° 423-427, noviembre-diciembre de 1963.
- Riofrío, J. (2015). *La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles*. Revista de Educación y Derecho, Núm. 12. Quito, Ecuador. pp. 1-27.
- Rodríguez, A. y Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*. Revista: Escuela de Administración de Negocios de la Universidad EAN, núm. 82. Bogotá, Colombia. Pp. 1-26.
- Smid, C.; Hertel, C. y Wicke, H. (2005). *Real Property Law and Procedure in the European Union*. European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum/Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
- Tantaleán, R. (2015). *El alcance de las investigaciones jurídicas*. Revista: Derecho y Cambio Social. ISSN: 2224-4131. En: www.derechocambiosocial.com . pp. (1-22)
- Varsi, E. (2019). *Las características del derecho de propiedad*. Propiedad y Derechos Reales Análisis Jurídico. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 68. Lima, Perú. pp. 71-79.

TESIS

- Calderón, Ll.; Chévez, V. y Báez, S. (2013). *¿Declaratividad o Constitutividad de los Registros Públicos y Mercantiles de Nicaragua, de conformidad con la Ley 698?*. Trabajo previo a optar el Título de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León. León, Nicaragua.
- Calle, G. (2018). *Relevancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de las transferencias de la propiedad inmueble como garantía de la seguridad jurídica privada en el Perú*. Tesis presentada para optar por el Título de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque-Perú.
- Carretero Sánchez, S. (1994). *La Propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid-España.
- Chanduví, D. (2017). *Consensualismo de los contratos de compraventa de bienes inmuebles vs seguridad jurídica*. Tesis para optar el título profesional de Abogada. Universidad Privada del Norte. Trujillo – Perú.
- De Martín Fabbro, M. (2021). *Análisis comparativo de la compraventa inmobiliaria entre el sistema de Inglaterra y Gales y el sistema español. Retos del derecho comparado y posibles soluciones del a traducción jurídica*. Trabajo presentado para optar el Grado de Máster en Traducción Especializada. Universitat de Vic, Universidad Central de Catalunya. Catalunya, España.
- Fernández, G. (2019). *Planteamiento para la modificación del Sistema de Transferencia de bienes Inmuebles*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
- Lino, L. (2015). *El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el registro de predios garantiza la seguridad*

- jurídica*. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.
- Pérez, G. (2020). *La transgresión del primer párrafo del artículo 70° de la Constitución Política del Perú, respecto al derecho de propiedad frente al principio de fe registral que protege al tercero de buena fe*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Particular de Chiclayo. Pimentel-Perú.
- Pérez, M. (2006). *La compraventa y la Transmisión de la propiedad. Un estudio Histórico-Comparativo ante la unificación del Derecho Privado europeo*. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación cofinanciado por la UAM-CM para la creación y consolidación de grupos de trabajo del que soy la investigadora responsable titulado “La unificación del Derecho Privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro”. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España.
- Pérez, M. (2016). *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo*. Proyecto de investigación cofinanciado por la Universidad Autónoma de Madrid. Comunidad de Madrid, España.
- Pizarro, R. (2014). *Aspectos procesales en la implementación de un Registro Inmobiliario Electrónico*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile – Chile.
- Poveda, J. (s.f.). *El Registro de la propiedad Español y las recomendaciones del Banco Mundial*. Documento.
- Sáenz, L. (2017). *Instauración de un sistema constitutivo en la inscripción ante Registros Públicos sobre las transferencias inmobiliarias en el Perú*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Áncash - Perú.

- Sánchez, S. (2016). *¿Qué tan necesario es un sistema constitutivo registral? A propósito del conflicto embargo escrito vs. Propiedad no inscrita, en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque-Perú.
- Sandoval, E. (2023). *La función del registrador de la propiedad en la protección especial del dominio público en el actual registro de la propiedad global. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho*. Universidad de Almería. Almería, España.
- Tomás Martínez, Gema (2014). *La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede armonización europea*. Universidad de Deusto. Revista ADC, Tomo LXVIII, pp. 113-168.

PÁGINAS WEB

Centro de Información jurídica en Línea – Convenio Colegio de Abogados – Universidad

ed Costa Rica: Recuperado en: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

Maita, D. (2001). *La propiedad informal en el Perú: el rol de Cofopri y las municipalidades.*

Revista digital Prometheo.

<https://prometheo.pe/la-propiedad-informal-en-el-peru-el-rol-de-cofopri-y-las-municipalidades/>

Vidal, R. (2012). *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil*

peruano. Del 02 de marzo de 2012.:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)

Ancajima, J. (sf). *Ventajas de tener un Registro Constitutivo para la transferencia de propiedad.*

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/1D4ED2B9B764DEB3052579B4005E4E48/\\$FILE/articulo_julio.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/1D4ED2B9B764DEB3052579B4005E4E48/$FILE/articulo_julio.pdf)

Cuñado de Castro, F. y Gámez Gonzáles R. (5 mayo 2020). «Diccionario de inglés jurídico:

Freehold» Traducción Jurídica. Recuperado el 4 enero 2021 de

<https://traduccionjuridica.es/freehold/>

ANEXOS

Anexo N°.01. Matriz de Consistencia

MATRIZ DE CONSISTENCIA

La inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEM	METODOLOGIA
<p>¿Cómo debe ser aplicada la inscripción constitutiva no convalidante como alternativa a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en Perú para alcanzar mayor seguridad jurídica?</p>	<p>Demostrar que la inscripción constitutiva no convalidante es una alternativa a la inscripción declarativa, para alcanzar mayor seguridad jurídica en el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en Perú.</p>	<p>La inscripción constitutiva, frente a la inscripción declarativa en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, generaría mayor seguridad jurídica</p>	<p>V.I. La inscripción constitutiva como alternativa a la inscripción declarativa</p> <p>V.D Seguridad Jurídica</p>	<p>Título</p> <p>Modo</p> <p>El grado de oponibilidad del derecho de propiedad</p>	<p>Contrato de compraventa</p> <p>La publicidad por la posesión</p>	<p>Escritura publica</p> <p>Contrato privado</p> <p>El poseedor de buena fe</p> <p>El poseedor de mala fe</p>	<p>TIPO Y DISEÑO DE ESTUDIO: Diseño no experimental Descriptivo, correlacional.</p> <p>POBLACIÓN, MUESTRA UNIDAD DE ANALISIS: La población. Sentencias en casación sobre controversias en materia de transferencia de la propiedad expedidas por las salas civiles de la Corte Suprema de la República del Perú</p> <p>La muestra. Se encuentra conformada por veinte (20) sentencias en casación sobre controversias en materia de transferencia de la propiedad expedidas por las salas civiles de la Corte Suprema de la República del Perú en el</p>

					<p>La publicidad por el registro</p> <p>El propietario registral es de buena fe</p> <p>El propietario registral es de mala fe</p>	<p>periodo comprendido entre los años 2014 y 2024</p> <p>MÉTODOS: Estadístico, exegético, hermenéutica jurídica, inductivo-deductivo, hipotético-deductivo, analítico-sintético, histórico-lógico.</p> <p>TÉCNICAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Análisis documental, Revisión de sentencias en casación expedidas por la Corte Suprema de la República • Observación • Fichaje. <p>INSTRUMENTOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ficha de registro de datos de sentencias en casación expedidas por la Corte Suprema de la República.
--	--	--	--	--	---	---

Anexo 02. Instrumento de recolección de datos.

FICHA DOCUMENTAL DE REGISTRO DE DATOS

I. DATOS GENERALES.

1. N° de la Casación :
2. Materia :
3. Demandante(s) :
4. Demandado(s) :

II. DATOS DEL PROCESO:

A) CONDICIÓN DEL BIEN DEL BIEN INMUEBLE:

1. Se trató de bien inmueble no inscrito.
2. Se trató de bien mueble inscrito.

B) CONDICIÓN DEL TRANSFERENTE DEL BIEN INMUEBLE:

1. Se trató de transferente a non domino.
2. Se trató de propietario no inscrito o su representante.
3. Se trató de propietario inscrito o su representante

C) FORMA DE COMO SE PRODUJO LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DEL BIEN INMUEBLE.

1. La(s) adquisición(es) se produjo con constatación de la posesión y del título del poseedor.
2. La(s) adquisición(es) se produjo(eron) solo en base al registro.
3. La(s) adquisición (es) se produjo(eron) sin corroborar el estado del inmueble en Registros Públicos y la posesión del inmueble

D) El(los) ADQUIRENTE(S) AMPARADO(S) EN LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

1. Demostraron que la adquisición se realizó de buena fe
2. Evidenciaron que la adquisición se realizó de mala fe.

E) El(los) ADQUIRENTE(S) AMPARADO(S) EN LA POSESIÓN DEL INMUEBLE.

1. Demostraron que la adquisición se realizó de buena fe
2. Evidenciaron que la adquisición se realizó de mala fe

F) RESULTADO DE LA CASACIÓN.

1. Casación fundada.
2. Casación infundada

.....
Bch. Paredes Tello, Alfonso

.....
Dr.. Yzquierdo Hernández, Leopoldo

Anexo 03. Lista de casaciones Analizadas.

- Casación 1589-2016 Lima Norte
- Casación 105-2016 Del Santa
- Casación 800-2015 Huánuco
- Casación 1430-2016 Lima
- Casación 1589-2019 Lima Norte
- Casación 2760-2014 Lambayeque
- Casación 5097-2019 Cusco
- Casación 3805-2015 Lima Este
- Casación 1421-2016 Lima Sur
- Casación 4954-2018 Lima
- Casación 443-2014 Lima
- Casación 20230-2015 San Martín
- Casación 294-2015 Lambayeque
- Casación 3223-2015 Del Santa
- Casación 1634-2015 Cajamarca
- Casación 5421-2015 Arequipa
- Casación 34-2018 Arequipa
- Casación 473-2017 Lima Norte
- Casación 5170-2017 Arequipa
- Casación9311-2021 Loreto