

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL
DE HUAMANGA**

**ESCUELA DE POSGRADO
SECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**



**LA TRANSFERENCIA CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD
PREDIAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO
MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**PRESENTADO POR:
Bach. WUILIAM INFANTE CISNEROS**

**AYACUCHO - PERÚ
2014**

Agradecimiento:

Mis más sinceros agradecimientos a mi madre por su apoyo incondicional en la elaboración de la presente tesis.

Reconocimiento:

Mi más sincero reconocimiento a la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, mi *alma mater*, por darme la oportunidad en optar el grado académico de maestro en derecho

RESUMEN

La presente tesis tiene como propósito el estudio del tema titulado “*La transferencia consensual de la propiedad predial en la legislación civil peruana*”, orientado a resolver el problema principal planteado de la siguiente manera: ¿De qué manera la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana?, debido a que la transferencia de un bien inmueble tiene vital importancia en la medida en que se realice de la forma que revista publicidad para evitar que los derechos de propiedad se ejerzan de manera clandestina. Evitar el ejercicio clandestino del derecho de propiedad implica otorgarle oponibilidad, dado que la existencia del derecho es conocido por todos desde el momento en que accede al registro jurídico.

Habiéndose descrito el objetivo principal, corresponde enumerar los objetivos secundarios y son los siguientes: a) Determinar en qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana. El factor social en concreto, es la inaccesibilidad social de la información en relación a la definición del derecho de propiedad predial. b) Determinar en qué nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana. El factor económico en concreto, es el deficiente funcionamiento del mercado inmobiliario de la propiedad predial por los altos costos de transacción. c) Determinar en qué nivel el factor jurídico de la tipificación de transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana. El factor jurídico en concreto es el derecho civil sustantivo peruano.

Se estudia el tema planteado en base a los sistemas comparados con el objeto de llegar a la conclusión de cuál o cuáles de los sistemas es la adecuada para que el derecho de propiedad que se adquiere a través de un contrato de compraventa sea el más eficiente y eficaz como un derecho real propiamente dicho. El derecho real de propiedad debe ser el que esté revestido de oponibilidad, de seguridad jurídica y de su fácil transferibilidad en el mercado.

En cuanto a la metodología de investigación, la presente tesis tiene la característica de una investigación explicativa, causal y comparativa, con preeminencia doctrinaria e histórica.

Palabras claves:

Transferencia de la propiedad predial, legislación civil, registro jurídico, seguridad jurídica, oponibilidad, transferibilidad.

ABSTRACT

This thesis has the propose to study the following topic "consensual transfer of the land property according to the Peruvian civil law," which one is aimed to resolve the main problem focused to the following way: How does the consensual of the land property influence in the Peruvian civil law?, due to the transfer of immovable property is vitally important in accordance to the an advertisement to prevent the clandestine forms of use of the property rights. Avoid the clandestine exercise of the property right gets involved enforceability, due to the existence of laws known to all people from the moment when you gain admission to the legal register.

It has described the main objective, it is appropriate to enumerate the secondary objectives: a) Determine the level of the social factor of the consensual transfer of the land property has influences in the Peruvian civil law. According to the specific performance of the social factor, is the inaccessibility of information relating to the definition of the land property rights. b) Determine the level of the economic factor of the consensual transfer of the land property has influences the Peruvian civil law. According to the specific performance of the economic factor, is the poor functioning of the real estate market for the high transaction costs. c) Determine the level of the legal law factor of the typing of the consensual transfer of the land property has influences in the Peruvian civil law. The legal factor is particularly Peruvian substantive civil law.

It is study the suggested topic according to the comparative systems in order to reach the conclusion which of the systems is the appropriate for the property right to acquire through a purchase agreement and at same time it has to be the most efficient and effective. The real right of property must be coated of enforceability, legal safety and a fair portability in the market.

In terms of research of methodology, this thesis has the following characteristics of an explanatory research, causal and comparative, with doctrinal and historical precedence.

Keywords:

Transfer of land property, civil law, legal register, safety legal, enforceability, transferability.

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCION	9

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

1.1 Descripción del problema de investigación	10
1.2 Descripción de la realidad problemática	15
1.3 Antecedentes del Problema de investigación	18
1.4 Formulación del problema	18
a. Problema principal	18
b. Problemas secundarios	18
1.5 Importancia de la investigación	19
1.6 Justificación y criterios para evaluar el valor potencial de la investigación	19
1.7 Alcances de la investigación	20
1.8 Limitaciones de la investigación	21
1.9 Delimitación de la investigación	21
a. Delimitación espacial	21
b. Delimitación temporal	21
c. Delimitación cuantitativa	21
1.10 Conveniencia	21
1.11 Relevancia social	22
1.12 Implicaciones prácticas	22
1.13 Valor teórico	22
1.14 Utilidad metodológica	22
1.15 Viabilidad	23
1.16 Consecuencias	23
1.17 Objetivos de la investigación	23
a. Objetivo general	23
b. Objetivos específicos	23
1.18 Formulación de hipótesis de la investigación	24
a. Hipótesis general	24
b. Hipótesis derivadas	24
1.19 Identificación y clasificación de variables e indicadores de la investigación.	25
1.20 Operacionalización de hipótesis, variables e indicadores de la investigación	25
a. Hipótesis general	25
b. Hipótesis Derivadas	25

CAPITULO II

FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA INVESTIGACION

2.1 Antecedentes de la investigación	27
2.2 Fundamentos o bases teóricas	29
a. Legislaciones de transferencias de la propiedad predial en el mundo	29
b. Bases teóricas de la transferencia de la propiedad predial	32
c. Los sistemas de transferencia de la propiedad predial	36
d. El derecho de propiedad en el ámbito de los tratados internacionales	38
e. La transferencia consensual de la propiedad predial	38

2.3 Marco conceptual de la investigación	39
--	----

CAPITULO III METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

3.1 Tipo y nivel de investigación	42
a. Descripción del tipo de investigación	42
b. Descripción del nivel de investigación	42
3.2 Método y diseño de la investigación	42
a. Descripción del método de investigación	42
b. Descripción del diseño de investigación	42
3.3 Universo, Población y Muestra	42
3.4 Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos	43
3.5 Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos Recolectados	43

CAPITULO IV SISTEMAS COMPARADOS

4.1 Historia y definición del derecho de propiedad	45
a. Evolución histórica del derecho de propiedad	45
b. Definición del derecho de propiedad	61
4.2 Sistemas de transferencia de la propiedad	73
a. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad	73
a.1. Sistema del derecho romano	74
a.2. Sistema del derecho francés	76
a.3 Sistema del derecho alemán	80
b. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad	83
b.1 Sistema transmisivo de causa única	83
b.2 Sistema transmisivo de doble causa	84
b.3 Sistema de separación del contrato	84
4.3 Contrastación de los sistemas comparados	85

CAPITULO V DISCUSION DE LA VARIABLE INDEPENDIANTE

5.1 La transferencia consensual de la propiedad predial	87
a. El sistema de la transmisión de la propiedad inmueble en el Perú.	88
5.2 Cuantificación de datos recogidos	109

CAPITULO VI DISCUSION DE LA VARIABLE DEPENDIENTE

6.1 Las decisiones de los Juzgados Civiles de Huamanga	115
a) El Juez y el Derecho	115
6.2 La legislación civil peruana	117
a. El derecho y el derecho positivo	117
b. La legislación	118
c. La legislación civil	118

CAPITULO VII

CONTRASTACION Y COMPARACION DE LAS HIPOTESIS EN EL TRABAJO OPERACIONAL

7.1 Discusión de resultados	121
a. Primera hipótesis	121
b. Segunda hipótesis	122
c. Tercera hipótesis	124

CAPITULO VIII
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y APOORTE CIENTIFICO DEL
INVESTIGADOR

8.1 Conclusiones	126
8.2 Recomendaciones	129
8.3 Aporte científico del investigador	131
a. Proyecto de Ley	131
BIBLIOGRAFIA	133
ANEXO	137

I.- INTRODUCCIÓN

En la presente investigación titulada “La transferencia consensual de la propiedad predial en la legislación civil peruana” se abordó el problema siguiente ¿Qué factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana?. Este problema resume, lo que se pretende demostrar, que la consensualidad en la transferencia de la propiedad predial no resulta conveniente ni funcional cuando se quiere dar garantías al flujo comercial de dicho tipo de bien, porque no brinda un signo de cognoscibilidad que se traduzca en la publicidad. La publicidad registral brinda información de carácter oficial.

La presente investigación posee como problemas secundarios los siguientes: a) ¿En qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana? El factor social en concreto, es la inaccesibilidad social de la información en relación a la definición del derecho de propiedad predial. b) ¿En qué nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana? El factor económico en concreto, es el deficiente funcionamiento del mercado inmobiliario por los altos costos de transacción. c) ¿En qué nivel el factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en la legislación civil peruana? El factor jurídico en concreto es el derecho civil peruano.

Se ha estudiado la legislación nacional, internacional y del derecho comparado referente a los sistemas de transferencia de la propiedad predial y se proponen alternativas, basados en las experiencias internacionales, básicamente. Además se ha planteado como propuesta: un proyecto de Ley tomando en cuenta los factores materia de investigación, realizando un estudio doctrinario histórico comparatista del derecho.

En cuanto a la metodología de investigación, se hizo una investigación explicativa, causal y comparativa, con preeminencia doctrinaria e histórica.

El
autor

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política peruana de 1993, el régimen económico peruano dio un giro importante orientado hacia una tendencia menos interventora por parte del Estado en la economía, por lo que, empezó desde aquel entonces a participar en la economía como un guardián a través de la creación de diferentes organismos reguladores y el INDECOPI, con la finalidad de garantizar el funcionamiento de los mercados de la forma más eficiente y equilibrada, a efectos de que no se produjeran distorsiones. En este sentido, la economía peruana es operada en base a un nuevo orden público económico.

Walter GUTIERREZ CAMACHO¹ señala que el orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y

¹ El orden público económico conforme a la Constitución del año 1993, tiene como fundamento principalmente en la iniciativa privada y libertades económicas. La iniciativa privada es libre, así se inicia nuestra Constitución económica. Se trata de la constitucionalización de la autonomía privada en el ámbito económico. Su natural consecuencia son las libertades económicas en sus diversas expresiones. Cuando la Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto a la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder. Para lo cual se precisa de un Estado fuerte, lo que no es sinónimo de gigante y burocrático. GUTIERREZ CAMACHO, WALTER, *Iniciativa privada y economía social de mercado*, en

funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su Constitución. Regula por tanto, las relaciones de mercado entre los particulares, y entre estos y el Estado. En tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado.

El mercado es el centro o el núcleo que sirve para el funcionamiento de la economía, donde se realizan una multiplicidad de transacciones comerciales orientadas a la transferencia de bienes y servicios. Cuando se habla de transferencia de bienes, se debe entender, que nos estamos refiriendo a la transmisión del derecho de propiedad de un bien o bienes determinados. Así el adquirente una vez concluida la celebración de un contrato y cuando posteriormente haya entrega del bien, pasa a tener la posición o el estatus de su transferente, convirtiéndose en el propietario del bien o de los bienes. Sin embargo cabe mencionar que cuando se trata de bienes muebles la transferencia opera cuando ocurren dos situaciones: el contrato y la entrega física; mientras cuando se trata de bienes inmuebles, en el caso peruano, opera la transferencia una vez perfeccionada el contrato.

El mercado entraña la realización de una multiplicidad de contrataciones entre particulares, entre estos y el Estado. El Estado cuando contrata en base al Código Civil, los conflictos que se generen de las relaciones sostenidas con los particulares se resuelven en función a aquél cuerpo normativo. Empero, dicha multiplicidad de contrataciones, no se observan que se estén haciendo en gran parte teniendo como fundamento la certidumbre en relación de los bienes que se colocan en el mercado o más propiamente dicho en los mercados. De este modo habrán mercados en los que se coloquen diferentes bienes muebles, así como también habrá un mercado sobre bienes inmuebles.

En relación al mercado donde se realizan las diferentes traslaciones de propiedades prediales, se ha identificado el problema básicamente en el sistema de

Constitución comentada, análisis artículo por artículo, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005, pp. 793 y 795.

transferencia de la propiedad recogida por el artículo 949 del Código Civil, que no garantiza la certidumbre de la cual debe estar revestida la titularidad y las características físicas del bien inmueble al momento con ocasión a la celebración del contrato y la traslación del dominio. Tomando como ejemplo, el problema se puede explicar también, reproduciendo el trabajo auspiciado por COFOPRI² y el Banco Mundial³, en el que el autor explica sobre los beneficios de la formalización y sobre la existencia de un mercado inmobiliario subyacente, que no se condice tangencialmente con lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil. Sostiene, que la seguridad jurídica del predio disminuye los costos de transacción, aumenta las oportunidades de intercambio formal de activos e incrementa el valor de la propiedad. El resultado, por consiguiente, sería una reducción de la dependencia del mercado informal, para tender hacia la formación de un mercado inmobiliario reconocido al cual integrarse. Así, se esperaría que el título de propiedad de COFOPRI alivie las restricciones a la compra, venta o alquiler de viviendas o locales comerciales, y aumente las transacciones financieras en el mercado. Como resultado del desarrollo del mercado inmobiliario, también se esperaría un incremento en tales operaciones, en la medida en que los propietarios inviertan en infraestructura y la zona tenga servicios públicos.⁴

El comentario hecho sobre los resultados que actualmente se perciben respecto a las acciones de formalización de la propiedad informal hechas a cargo del Organismo de

²Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 803.- Créase la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), como organismo rector máximo encargado de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento dentro de la formalidad, a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto. La inscripción de los títulos de propiedad formalizados por COFOPRI se realizará en el Registro Predial Urbano a que se refiere el Artículo 10 de la presente Ley. COFOPRI constituye un pliego Presupuestal con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. Sus integrantes son designados mediante Resolución Suprema y reportarán directamente al Presidente de la República. Será presidida por un Ministro de Estado, que ejercerá la titularidad del pliego presupuestal. La presente ley crea un nuevo mecanismo institucional que permitirá que la propiedad predial de los sectores informales de menores recursos se pueda convertir en activos líquidos que puedan integrarse al mercado y ser objeto de transacciones, incrementando el valor de las propiedades y posibilitando a sus propietarios el acceso a los servicios de infraestructura básica.

³ Únicamente el Banco Mundial es el origen de aproximadamente el 60% de la financiación oficial multilateral a países en desarrollo. En la década de los noventa, otorgó unos 22 000 millones de dólares anuales en todo tipo de operaciones. A pesar de que el aumento del movimiento de flujos privados de capital ha hecho que la importancia relativa del Banco Mundial como financista del mundo en desarrollo sea menor, hay que tener en cuenta que la inversión privada está muy focalizada en un número reducido de países con mejores expectativas económicas, por lo que el papel del Banco y otros organismos oficiales de financiamiento en los países más pobres siga siendo particularmente relevante, COLLAZOS CERRON, Jesús; COLLAZOS BELTRAN, Jorge; Y COLLAZOS BELTRAN, Francisco, *Estructura económica mundial, medioambiente y desarrollo sostenible*, San Marcos, Lima 2010, pp. 311 y 312.

⁴ MORRIS GUERINONI, Felipe, *La Formalización de la propiedad en el Perú, Develando el Misterio*, Auspiciado por COFOPRI y el Banco Mundial, Lima 2004, p. 115.

Formalización de la Propiedad Informal, pinta de cuerpo entero, la deficiencia que significa mantener vigente el artículo 949 del Código Civil, debido a que esta norma de ninguna manera impulsa la formalización de las transferencias de la propiedad predial efectuadas por los privados. Es importante tener en cuenta que COFOPRI solamente está solucionando la informalidad de los predios urbanos ubicados principalmente en los barrios marginales, siempre que estén superpuestos sobre propiedad del Estado. Los predios que se encuentren superpuestos sobre propiedades privadas, que representan la mayor cantidad en relación a los formalizados por COFOPRI, necesariamente, cuando no estén dentro de la formalidad, es decir, cuando las transferencias no se hallan inscritas en el registro jurídico, se podrían lograr a inscribir a través de procedimientos registrales establecidos; sin embargo, siempre dependerá de la voluntad de los adquirentes. Lo que ocurre es que el comprador o adquirente tiene la creencia de que su compra es eficiente a pesar de que lo hizo sin que se haya presentado la certidumbre de la titularidad del vendedor. Se explica esto, porque en el Perú se ha generalizado la falta de cultura registral, de modo que no se concibe conscientemente la importancia que entraña la inscripción registral de las transferencias de dominios.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, al tono de la política económica gestada a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1993, en relación al derecho de propiedad, contrariamente a lo establecido por el artículo 949 del Código Civil, propugna que, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de la riqueza y por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.⁵

⁵ Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC del 30 de abril del 2003.

En tal sentido, en palabras del intérprete de la Constitución, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad se necesita de la inscripción registral, para que pueda trascender como derecho y convertirse en una garantía institucional tanto a nivel institucional tanto a nivel individual como colectivo, por lo que al momento de efectuar una inscripción del derecho de propiedad coadyuvamos a la generación de la riqueza y el desarrollo de las sociedades, por lo que resultante importante revalorar la labor registral y las consecuencias no solo jurídicas que como abogados conocemos hasta la saciedad sino también la importancia económica que tiene la inscripción del derecho de propiedad⁶.

En consecuencia, debido al desarrollo del mercado inmobiliario, bajo el influjo del crecimiento del elemento de la transferibilidad y del crédito, el sistema de transferencia de la propiedad recogida por el Código Civil, del Code Francés, no garantiza la oponibilidad del derecho de propiedad. Este sistema de transferencia, produce una suerte de incertidumbre respecto a la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, y lo que es peor genera un alto costo de transacción que no contribuye en el funcionamiento eficiente del mercado inmobiliario, por ende del mercado financiero. La orientación de acuerdo al régimen económico peruano es que el mercado sea perfecto con transferencias que se hagan en función a informaciones que sean cognoscibles y que generen la oponibilidad de la titularidad de un derecho de propiedad. A decir de JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ⁷, un nuevo mundo ha sido descubierto por las carabelas del derecho registral: El Oro del Perú no está debajo de la tierra, en las minas de Huancavelica, o encima de la tierra, en la explotación del guano, ni en la tierra misma, en las grandes extensiones de tierras más allá de los mares, por colonizar; el máspreciado oro está en la capacidad de transformar la tierra en crédito, en trabajar la tierra no para cultivar lechugas, sino para sembrar industrias, fomentar el comercio, la innovación, la creatividad.

Finalmente, el problema también se ha identificado, en el caso de la transferencia de la propiedad inmueble como aporte del socio de una sociedad mercantil

⁶ HUERTA AYALA, Oscar, *Afectación del derecho de propiedad en el saneamiento de predios estatales, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 146, noviembre 2010, año 16, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 275.*

⁷ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Jurista Editores, Primera Edición, Tercera en el Perú, Lima 2010, p. 167.

a favor del capital social. El socio aportante transferirá a la sociedad el derecho de propiedad de cualquier inmueble con la sola obligación de enajenarlo, salvo que se haya pactado lo contrario. Sin embargo la prestación debida no queda satisfecha con la transferencia del derecho de propiedad sobre dicho inmueble, sino que persiste en el socio aportante la obligación de entregar el bien materia del aporte a favor de la sociedad, entrega que se tendrá por efectuada a la suscripción de la escritura pública de constitución o de aumento de capital (art. 25 LGS), según el caso⁸.

La entrega es tan importante, que aún cuando se haya verificado la transferencia de propiedad con la sola obligación (art. 949 C.C), en tanto ésta (la entrega) no se produzca no se habrá trasladado el riesgo a la sociedad por hecho ajeno a la voluntad del deudor (como caso fortuito o fuerza mayor) de conformidad con el artículo 29 de la LGS⁹.

Por otro lado, en el caso del aporte de inmuebles no registrados no bastará la indicación contenida en la escritura pública (de constitución o de aumento de capital) de que dichos bienes son transferidos a la sociedad, precisándose la información suficiente que permita su individualización (art. 35 incisos c) y d) del Reglamento del Registro de Sociedades¹⁰.

1.2 DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La transferencia de la propiedad predial es uno de los aspectos que se discuten arduosamente a nivel doctrinal, así como a nivel de las comisiones redactoras de reforma del Código Civil peruano, particularmente con la finalidad de proponer cambios legislativos que permitan mejorar los efectos jurídicos de la transferencia que se desarrolla en base a la normatividad vigente, cuyo norte es que obtenga el beneficio de la seguridad jurídica. En la medida en que la transferencia sea conocida por todos habría oponibilidad del derecho de propiedad predial y cuando esto ocurra habría también garantía legal o seguridad jurídica, que es la base de que el comercio de bienes y

⁸ MORALES ACOSTA, Alonso, *El Patrimonio Social, Capital y Aporte, en Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Lima, p. 242.

⁹ *Ibid*, p. 242.

¹⁰ *Ibid*, p. 243.

servicios se efectúen de manera vertiginosa, frecuente y segura, con costos de transacción accesibles para todos los agentes económicos.

En este sentido, se ha identificado el problema, principalmente, en la regulación del artículo 949 del Código Civil peruano, puesto que establece sobre la transferencia predial, que “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. Esta disposición invita al transferente de una propiedad predial, realizar eventualmente más de una transferencia sobre el mismo bien, que produce naturalmente la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, en desmedro del interés del beneficiario o del receptor del bien. El transferente no estaría obligado a exhibir algún título formal que pruebe que es el propietario o que sigue siendo el propietario a la luz del dispositivo legal anotado, porque lo que prima es la consensualidad, especialmente cuando la transferencia se hace por medio del contrato de compra venta.

Inclusive el vendedor puede ofrecer en venta un bien inmueble que no es de su propiedad, por el simple hecho de ser poseedor. El ejercicio de la posesión produce una publicidad imperfecta, que en cierta medida influye en la decisión del adquirente. Sin embargo, el adquirente no tendría la garantía jurídica necesaria porque sin saber hizo la compra de una propiedad ajena. El contrato celebrado en estas condiciones no vincula al propietario, siendo así el contrato es nulo o inexistente. El comprador aparentemente se convertiría en el dueño del bien; empero, tendría la calidad de precario.

En este sentido, a efectos de que exista oponibilidad de la propiedad predial, la transferencia debe acceder al Registro de la Propiedad Inmueble, de forma tal que la seguridad jurídica de las futuras transferencias que se hagan sobre el mismo bien estaría garantizada. El mercado inmobiliario sería una fuente de transferencias con costos de transacción accesibles para todos sus intervinientes.

El abaratamiento de los costos de transacción en esta época en que la globalización juega un papel determinante en la mayoría de los países del globo terráqueo, resulta fundamental para que las transacciones comerciales se produzcan de manera segura, fluida y vertiginosa. En la medida en que las transacciones comerciales se incrementen con una fluidez importante se estaría gestando el crecimiento económico

y social, cuyo efecto sería el progreso de nuestro país. En esta línea de ideas, mientras exista seguridad jurídica en las transacciones comerciales de bienes inmobiliarios, el derecho de propiedad sería aprovechado por el propietario y por quien tiene interés en adquirirlo. Asimismo, la seguridad jurídica que otorga el registro tiene como efecto, que la transferencia de la propiedad predial se haga sin que irroge mayores costos de transacción en la indagación para determinar quién es el propietario al momento en que se esté efectuando la celebración del negocio jurídico. Es decir, el registro de la propiedad predial, permite que el comprador se indague con facilidad y con poco costo de transacción sobre la titularidad y características del bien.

También tenemos cuando el comprador que sin tener conocimiento del derecho civil o cuando fue asesorado por un abogado a la luz del artículo 949 del Código Civil adquiere el bien inmueble y asume la creencia de que tras la compra se convierte en propietario; empero, se ve incluido en el concurso de acreedores establecido en el artículo 1135 del Código Civil que señala “cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

Además, la experiencia nos ha demostrado que las transferencias se han estado realizando, sin que el bien inmueble materia de la transferencia haya sido objeto del requisito de la determinabilidad que se traduce con la plena identificación en el espacio, porque una unidad de bien inmueble se basa en la suma de metros cuadrados que hace una unidad de área. En el documento de compra venta (incluso elevado en escritura pública) se hace constar el acto de transferencia y se señala la cantidad de metros cuadrados que mide y para la ubicación sus respectivas colindancias. En otros casos solamente se precisaba la medición del área indicando únicamente el lugar donde se encontraba el bien. En este orden de cosas, constituye también un inconveniente para que exista seguridad jurídica en la transferencia de bien inmueble. Por consiguiente, el registro sería la vía adecuada para solucionar la cuestión de la determinabilidad, dado que para que un predio acceda al registro se exige además del título los planos correspondientes con las especificaciones técnicas que faciliten la identificación en el espacio del inmueble.

Todos los supuestos que se han expuesto líneas arriba, son producidos con frecuencia cuando la norma jurídica civil no recoge de manera obligatoria los elementos nuevos que la tecnología nos ofrece, que no es sino la de establecer que cada bien inmueble sea fácilmente rastreable mediante un mapeo conocido como el catastro por medio de la georeferenciación, debiendo gozar del beneficio de la publicidad al registrarse en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

1.3 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

Tras haberse realizado la indagación de la relación de estudios de investigación realizada sobre el tema en la biblioteca de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga no se encontraron trabajos a nivel de pre-grado y post-grado sobre la materia.

Sin embargo, de acuerdo a lo que el tesista tiene conocimiento, los autores nacionales que han estudiado sobre los alcances del artículo 949 del Código Civil son los siguientes:

1. MESINAS MONTERO, Federico G. y MURO ROJO, Manuel, *Código Civil Comentado, Comentan 209 Especialistas en las diversas Materias del Derecho Civil*, Tomo V, *Derechos Reales*, Gaceta Jurídica, 3ra Edición, Lima 2010.
2. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006.
3. GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *Derechos Reales*, Ediciones Legales, 2da Edición, Lima 2009.
4. RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales*, Tomo II, *Propiedad y Copropiedad*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004.
5. AVENDAÑO ARANA, Francisco, *Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de la propiedad, Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volumen II, Palestra Editores, Lima 2008.
6. BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009.
7. GONZALES LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales*, Palestra Editores, Lima 2007.

Todos estos autores están de acuerdo que el artículo 949 del Código Civil se modifique, reemplazando por el de un sistema de transferencia que opere mediante la inscripción registral. Para ellos el sistema consensual no tiene como finalidad la protección real del derecho de propiedad.

1.4. FORMULACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

a.- Problema Principal:

¿De qué manera la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

b.- Problemas secundarios:

1er Problema Secundario:

¿En qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

El factor social en concreto, es la inaccesibilidad social de la información en relación a la definición del derecho de propiedad predial.

2do Problema Secundario:

¿En qué nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

El factor económico en concreto, es el deficiente funcionamiento del mercado inmobiliario de la propiedad predial por los altos costos de transacción.

3er Problema Secundario:

¿En qué nivel el factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

El factor jurídico en concreto es el derecho civil sustantivo peruano.

1.5. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

PRIMERO: Generará un clima de seguridad jurídica a favor de los agentes que intervengan en las transacciones económicas sobre las propiedades prediales.

SEGUNDO: Habrá predictibilidad jurisdiccional cuando exista controversia para definir quién goza del ejercicio oponible del derecho de propiedad

1.6. JUSTIFICACION Y CRITERIOS PARA EVALUAR EL VALOR POTENCIAL

El derecho de propiedad clásico, una vez finalizado el esquema de la propiedad feudal, se conoció en su versión nuclear para el desarrollo de las diversas actividades económicas, dado que las demás instituciones jurídicas civiles giraban en torno a él. Pues, el derecho de propiedad tenía una connotación estática. De acuerdo a la tendencia doctrinaria vigente, el concepto de propiedad clásica ha sido superado enormemente, dándose la mayor importancia a la transferibilidad o transmisibilidad. La transmisibilidad debe estar plenamente garantizada para la circulación de bienes y servicios, requisito indispensable en la dinámica capitalista.

La consensualidad en la transferencia de la propiedad predial no es presupuesto suficiente para garantizar plenamente una adquisición. Pues resultaría necesaria la existencia de signos de cognoscibilidad que permitan al adquirente saber que está invirtiendo de modo seguro su riqueza. Los signos de cognoscibilidad en relación a la propiedad predial son otorgados por el registro a través de las partidas registrales que el registrador extiende al momento de registrar el acto de adquisición. En este orden de ideas la transferencia consensual no produciría de por sí el signo de cognoscibilidad respectivo, pues para que obtenga esta condición tendría que instrumentalizarse, conforme a nuestra legislación, por escritura pública y solicitar su inscripción en el Registro de Predios del Registro de la Propiedad Inmueble de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

El signo de cognoscibilidad que produce el registro, se encuentra íntimamente asociado a la seguridad jurídica en el intercambio de bienes en el mercado inmobiliario. La seguridad jurídica debe estar presente en cualquier actividad económica para garantizar el ejercicio del derecho de propiedad conforme se predica en la sociedad capitalista. El Derecho siempre estará asociado al mercado para conferir seguridad jurídica a los intercambios económicos de bienes y servicios.

Finalmente, con la investigación sobre la consensualidad de la transferencia de la propiedad predial, se pretende demostrar que resulta necesario introducir en el Código Civil peruano, modificaciones legislativas con fórmulas legales conducentes a que el título y el modo no se refundan en un solo acto, de manera que el interjuego de estos elementos garanticen de manera efectiva el ejercicio oponible del derecho de propiedad.

1.7. ALCANCES DE LA INVESTIGACION

El alcance de la presente investigación será el mercado inmobiliario peruano, los operadores de justicia y la población peruana en general, que se verán beneficiados con el resultado de la investigación, dada la importancia que tiene en el desarrollo del intercambio de bienes y servicios.

1.8. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACION

Las limitaciones de la presente investigación estriban en la falta de investigaciones científicas relacionadas al tema, asimismo en la escasa bibliografía producida por autores peruanos que hayan tratado de manera comparativa con otras legislaciones acerca de los sistemas de transferencia de la propiedad predial. A nivel local y regional no existen autores que hayan tratado por lo menos en artículos sobre el tema materia de investigación.

1.9. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

- **Delimitación espacial**

La presente investigación se efectuará geográficamente en la Ciudad de Ayacucho, específicamente en el Poder Judicial de Ayacucho.

- **Delimitación temporal**

La investigación comprenderá los años 2006 al 2012.

- **Delimitación Cuantitativa.**

La presente investigación se realizará analizando los expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en las materias de reivindicación y sobre mejor derecho de propiedad, seguidos ante los Primero y Segundo Juzgados Civiles de Huamanga.

1.10. CONVENIENCIA

La presente investigación resulta conveniente, puesto que se pretende demostrar la obsolescencia que la legislación peruana reviste en materia de transferencia de la propiedad predial, con la finalidad de establecer una normatividad acorde a la realidad económica actual e imperante a nivel mundial. En este sentido, la comunidad académica se verá beneficiado conociendo con mayor detalle sobre la existencia de otros sistemas de transferencia de la propiedad predial que brindan mayor eficiencia al funcionamiento del mercado inmobiliario y financiero.

1.11. RELEVANCIA SOCIAL

La investigación es relevante socialmente porque entraña una forma de información sobre los beneficios que implica el cambio de la Legislación Civil para el mejor desarrollo del mercado inmobiliario y financiero, dado que el mercado es el motor en la actualidad del desarrollo económico y social. Se quiere orientar, que, mientras exista el presupuesto de la certidumbre de la información en relación a la titularidad y a las características del bien, el efecto será la rápida transferibilidad del bien con el menor costo de transacción posible.

1.12. IMPLICANCIAS PRACTICAS

En cuanto a las implicancias prácticas se verá la producción de una legislación acorde al desarrollo de los mercados que exigen informaciones cognoscibles para el intercambio de bienes y servicios. La certidumbre de la transferencia de la propiedad predial se inicia con su inscripción en el registro jurídico de la propiedad inmueble.

1.13. VALOR TEORICO

El valor teórico de la presente investigación es único, no obstante que existan diversos trabajos, pero sin el rigor científico exigido, porque su contenido se elaborará a criterio personal del investigador, que desencadenará en una explicación científica, proponiendo la implementación de un mecanismo legal que brinde certidumbre a las transferencias de propiedades prediales. El valor teórico también se encuentra estacionado en la importancia del derecho de propiedad privada, debido a que su

surgimiento se basa en la libertad humana, específicamente, en la autonomía de la voluntad, porque se encuentra vinculado en la disposición de un derecho de propiedad.

1.14. UTILIDAD METODOLOGICA

La utilidad metodológica es básica en la presente tesis, por presentar coherencia entre los problemas, objetivos, hipótesis, variables, el marco teórico y la contrastación de los problemas e hipótesis, siguiendo un método científico, concluyendo con el aporte científico del investigador.

1.15. VIABILIDAD

Es viable la presente investigación, debido a que trata sobre un tema relevante sobre el derecho de propiedad inmueble, que debe traducirse en su transferencia sin separarse de su ejercicio oponible frente a terceros. Es viable también la variación legislativa en materia de transferencia de la propiedad predial, de forma que se implementaría una legislación tomando como referencia otros sistemas de transferencia que guardan mayor coherencia con el desarrollo de los mercados.

1.16. CONSECUENCIAS

Las consecuencias de la presente investigación se podrán ver a nivel académico, a nivel del aparato legislativo, a nivel de la administración de justicia, a nivel de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, a nivel del sistema Notarial peruano y a nivel de cualquier realidad jurídica existente, reencauzando el sistema de transferencia de la propiedad predial en el Perú, recogiendo herramientas jurídicas que sean capaz de garantizar el funcionamiento adecuado del mercado inmobiliario y financiero, basado en la información que el registro jurídico brinde para tener certidumbre respecto a la titularidad del bien y de sus características físicas, de manera que la transferencia sea efectuada sin que el derecho de propiedad se desligue de la oponibilidad que implica su ejercicio.

1.17. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

a.- Objetivo de carácter general:

Identificar qué factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influyen en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

b.- Objetivos de carácter específicos o particulares:

- Determinar en qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga? El factor social en concreto, es la inaccesibilidad social de la información en relación a la definición del derecho de propiedad predial.
- Determinar en qué nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

El factor económico en concreto, es el deficiente funcionamiento del mercado inmobiliario de la propiedad predial por los altos costos de transacción.

- Determinar en qué nivel el factor jurídico de la tipificación de transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?

El factor jurídico en concreto es el derecho civil sustantivo peruano.

1.18. FORMULACION DE HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION

a) Hipótesis general

Los factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influyen negativamente para el ejercicio pleno del derecho de propiedad.

b) Hipótesis derivadas

1. El factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye positivamente por la confianza existente entre los intervinientes.
2. El factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente por producir altos costos de transacción.

3. El factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente por carecer de publicidad que permita ser conocido por los demás.

1.19. IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES E INDICADORES DE LA INVESTIGACION.

- **Variable de estudio:**
 - Transferencia consensual de la propiedad predial.
 - Decisiones de los Juzgados Civiles de Huamanga.

1.20. OPERACIONALIZACIÓN DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

-Hipótesis General

La transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, puesto que no garantiza el ejercicio pleno del derecho de propiedad.

Variable Independiente: La transferencia consensual de la propiedad predial.

Indicadores: Social, económico y jurídico.

Variable Dependiente: Influjos negativos en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, puesto que garantiza el ejercicio pleno del derecho de propiedad.

Indicadores: Publicidad registral, seguridad jurídica, transferibilidad.

- Hipótesis específicas

1. Primera hipótesis:

El factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye positivamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, por la confianza existente entre los intervinientes.

Variable de estudio

- Factor social

Indicadores: La globalización, la realidad social, acceso social a la información predial.

2. Segunda hipótesis:

El factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, por cuanto produce altos costos de transacción.

Variable de estudio

- Factor económico.

Indicadores: Política económica, costo de transacción, frecuencia de las transacciones.

3. Tercera hipótesis:

El factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, por carecer de publicidad que permita generar oponibilidad.

Variable de estudio

- Factor jurídico.

Indicadores: Oponibilidad y seguridad jurídica, función del legislador, eficiencia de la administración de justicia.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA INVESTIGACION

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En principio, se puede advertir que el Código Civil peruano de 1852 contenía un régimen de transferencia dominial no diferenciado, aplicaba a toda clase de bienes – pese a que distinguía a los bienes corporales en muebles e inmuebles – estableciendo que por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, a título gratuito u oneroso (Artículo 571), y que la enajenación se completa con la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño (artículo 574), alineándose así a la tradición romanista. Sin embargo, excepcionalmente, en el caso de transmisión de propiedad por causa de compraventa (de cualquier clase de bien), el artículo 1306, siguiendo el régimen impuesto por el Código francés de 1804, señalaba que bastaba el acuerdo de los contratantes respecto de la cosa para que se perfeccione la venta aunque la cosa no haya sido entregada.¹¹

¹¹ De acuerdo al Código civil peruano de 1852, excepcionalmente, la transferencia era consensual, para bienes muebles e inmuebles, cuando el título consistía en un contrato de compraventa. MESINAS MONTERO, Federico G. y MURO ROJO, Manuel, *Código Civil Comentado, Comentan 209 Especialistas en las diversas Materias del Derecho Civil*, Tomo V, *Derechos Reales*, Gaceta Jurídica, 3ra Edición, Lima 2010, p. 228.

La transferencia consensual de la propiedad predial se encuentra regulada por el artículo 949 del Código Civil peruano de 1984, cuyo antecedente inmediato es el artículo 1172 del derogado Código Civil peruano de 1936¹², cuya fuente en el Derecho Comparado es el Código Civil francés de 1804, conocido como el Code Napoleón, que recogió a la tradición como una ficción, imponiendo el principio de que la propiedad se adquiría por el solo efecto de las convenciones¹³, llevando a cabo una modificación revolucionaria con respecto al Derecho romano, y marcó el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico.¹⁴

El Derecho civil peruano está marcado principalmente por las pautas históricas establecidas por el Derecho romano; sin embargo, como se ha anotado líneas arriba, no es el derecho romano, el que directamente habría servido al Perú de fuente para la institucionalización del sistema de transferencia de la propiedad predial. El planteamiento de los últimos datos del Derecho romano llevaba ya dentro de sí las líneas por la que iba a discurrir la legislación y la jurisprudencia posterior. El sistema de transmisión por traditio experimentó en las últimas épocas del Derecho romano, una evidente espiritualización. Pues, Riccobono ha sostenido que la tradición del Derecho justiniano era una cabal ficción (traditio ficta). Empero, ha señalado Bonfante que las innegables atenuaciones que el concepto experimentó, no supusieron un rechazo de la traditio.¹⁵

Lo expuesto constituye una manifestación de los antecedentes históricos de cómo se ha originado el problema planteado, a fin de que a partir de dichas afirmaciones podamos averiguar los factores sociales, económicos y jurídicos de la transferencia consensual de la propiedad predial, que probablemente fáctico – jurídicamente no está

¹² “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella”.

¹³ Artículo 1138 del Código Francés: “La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes...”. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006, p.245.

¹⁴ GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *Derechos Reales*, Ediciones Legales, 2da Edición, Lima 2009, p. 437.

¹⁵ Se constata una polémica romanista aludida a la atenuación de la traditio, habiéndose llegado de alguna forma a la espiritualización de la traditio, quedando reducida a un poco más que al puro consentimiento del tradente y del accipiente. DIEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid 1996, p. 766.

funcionando en la actualidad dentro del contexto de las relaciones jurídicas¹⁶ vinculadas al tráfico inmobiliario. Pues se trata, de que en el actual contexto mundial se ponga al derecho de propiedad predial, como uno de los derechos que se ubiquen dentro del mercado cuya función sea el motor del crecimiento económico aparejado del elemento importante predicado por el derecho: la seguridad jurídica. Lo que se busca para la efectividad de la transferencia de la propiedad predial, es algún mecanismo legal que sea capaz de resolver el problema identificado.

2.2 FUNDAMENTOS O BASES TEÓRICAS:

a. LEGISLACIÓN DE TRANSFERENCIAS DE LA PROPIEDAD PREDIAL EN EL MUNDO ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Las legislaciones del mundo, en relación a la transferencia de la propiedad, en especial, en materia de transferencia de la propiedad predial, han ido forjando su normatividad respectiva, teniendo como base, principalmente, la experiencia del Derecho romano. En el Derecho romano se estableció que la propiedad se adquiría por medio de dos etapas (fenómenos, elementos): título y modo.¹⁷ En este sentido, siempre se tomarán en cuenta al título y al modo como presupuestos, para la elaboración de la normatividad respectiva, inclusive, si fuera posible espiritualizando al modo, de manera que así la tradición se convierte en una ficción legal capaz de producir la transferencia.

El título y el modo sirvieron de base para que un determinado Estado plantee su normatividad en materia de transferencia de la propiedad de bienes muebles e inmuebles. En materia de bienes inmuebles, en algunos casos, se han planteado la espiritualización del modo y en otros no. En las legislaciones donde no recogieron la espiritualización o la figura de la ficción legal de la tradición, el contrato por sí mismo

¹⁶ La relación jurídica tiene como función que la circulación de bienes, por guardar relación con la idea de patrimonialidad, sea fluida y segura, dado que persigue la maximización de beneficios por un agente racionalmente considerado. BULLARD, Alfredo, *La Relación Jurídico Patrimonial*, ARA Editores, 2da Edición, Lima 2011, p. 278.

¹⁷ La distinción del título y el modo en el Derecho romano, tuvo su desviación, para llegar a la espiritualización del modo, situación que fue culminada en el Code francés. RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales*, Tomo II, *Propiedad y Copropiedad*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004, p. 121.

no transfiere la propiedad. Para que opere efectivamente la transferencia se aplica el modo propiamente dicho, a través de la tradición, instrumentalización del contrato en un documento y/o en escritura pública o inscripción registral.

En el caso peruano, la constitución de la propiedad que se opera en virtud de la aplicación del artículo 949 del Código civil, desde que no puede tener efecto por sí sola, ya que requiere la previa creación, por acto distinto, de la obligación de transferir la propiedad del bien inmueble determinado, constituye, en realidad, la causa próxima de la transferencia, o sea el modo legal de adquirir, siendo el contrato de transferencia la causa remota de ésta, o sea el título de adquisición.¹⁸

Algunas legislaciones, no obstante haber recogido la espiritualización del modo, han instituido la obligatoriedad de la inscripción registral del contrato que transfiere un derecho de propiedad. En la legislación sueca, por ejemplo, el título es el acuerdo de voluntades, el cual debe constar en un documento escrito debidamente firmado por las partes. Empero, el Registro Inmobiliario sueco es declarativo y obligatorio estructurado en función a dos pilares: El Registro Predial y el Catastro, que están unificados en un Sistema de Información Registral. Este sistema totalmente computarizado, tiene vinculación a su vez con la oficina de identificación de los ciudadanos suecos (nuestra Reniec) y con la oficina de administración de tributos (nuestra SUNAT).¹⁹

El Análisis Económico del Derecho, sostiene que mientras el derecho de propiedad no haya accedido al registro a fin de darle publicidad, es una propiedad inconclusa, dentro de un sistema de transferencia de propiedad en el que se predique la consensualidad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.²⁰ Del mismo

¹⁸ A la causa remota se le llamó título de adquisición, y a la causa próxima se le llamó modo de adquirir, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo I, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2001, p. 78.

¹⁹ AVENDAÑO ARANA, Francisco, *Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de la propiedad, Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volumen II, Palestra Editores, Lima 2008, p. 1131.

²⁰ La exclusión, es el ejercicio del derecho de propiedad de manera exclusiva y excluyente frente a terceros. BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009, p. 165.

modo, la doctrina nacional e internacional, propugna que la inscripción del contrato de transferencia en el registro predial produce oponibilidad. Pues, algunas legislaciones ya habrían acogido esta corriente doctrinaria.

En el Derecho romano

En una época histórica no precisada, se operó en la propiedad una suerte de división. La propiedad quiritaria, como se ha dicho, solamente podía obtenerse (o transferirse) a través de las formalidades o procedimientos esenciales establecidos por el derecho civil, a saber: a) que el propietario fuera un ciudadano romano, b) que fuera a través del procedimiento especial de la mancipatio o el rito especial in iure cessio, y no por mera tradición (de lo contrario era propiedad in bonis), c) que fuera una res mancipi (v.gr., los fundos itálicos, los ganados etc.). Esta propiedad quiritaria se hallaba protegida por una acción de tipo real: la rei vindicatio o acción reivindicatoria.²¹

La revolución francesa del siglo XVIII

En Francia, a partir del sistema estamental del Antiguo Régimen, las características de la vida social, política, social [sic] y económica iban ser otras: libertad e igualdad, en el ámbito teórico – jurídico; seguridad y protección de la propiedad, en el ámbito económico, garantizadas por el imperio de la ley.²²

La revolución francesa estallada en 1789, gesta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, inspirada en el pensamiento de los enciclopedistas, de corte liberal y burguesa, en la que se institucionaliza, entre otros, la protección del derecho de propiedad²³, finalizando así el antiguo régimen de la propiedad feudal.

²¹ RAMIREZ CRUZ, Eugenio M. Op. Cit. p. 25.

²² El imperio de la Ley está vinculado con el principio de la legalidad instituido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo alcance llega a la protección del derecho de propiedad frente a las arbitrariedades del Estado. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, p. 56.

²³ Una de las características destacadas de la revolución francesa es que reconoció y protegió los denominados derechos individuales de carácter civil y político bajo la denominación de fundamentales para la persona humana; aún cuando solo puso acentuado énfasis en la vida, la libertad, la igualdad ante la ley y la **propiedad**. GARCIA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2008, p. 427.

El Code Napoleón de 1804

Este Código consagró el solo consentimiento entre las partes contratantes como único requisito necesario para el desplazamiento de la propiedad a favor del comprador. No se necesita ya de la tradición de la cosa, ni del pago del precio, ni de formalidad externa.²⁴

b. BASES TEORICAS DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD PREDIAL

b.1 TESIS DE LA PROPIEDAD FORMAL DE HERNANDO DE SOTO

Según Hernando de Soto²⁵, la propiedad formal no es sino la representación de un derecho de propiedad sobre un activo físico. Uno de los efectos más importantes del sistema de la propiedad formal es transformar activos de menos accesibles a más accesibles, para que puedan hacer trabajo adicional. A diferencia de los activos físicos, las representaciones son fáciles de combinar, dividir, movilizar y utilizar para alentar tratos comerciales. Al separar los rasgos económicos de un activo de su rígida fisicalidad, una representación vuelve el activo “fungible”, es decir, capaz de moldearse para encajar en prácticamente en cualquier transacción. Las representaciones también permiten dividir activos sin tocarlos. Si bien un activo, digamos una fábrica, puede ser indivisible en el mundo físico, en el universo conceptual de la representación formal de la propiedad puede ser subdividido en cualquier número de fragmentos. Una razón importante por la cual los sistemas de propiedad formal de occidente funcionan como una red es que todos los registros de propiedad (títulos, transferencias de propiedad, valores y contratos que describen los aspectos económicamente relevantes de los activos) son continuamente rastreados y protegidos, mientras van cruzando el tiempo y el espacio. Su primera parada son los registros públicos: las agencias estatales que en los países avanzados custodian las representaciones. Los registradores públicos administran archivos que contienen todas las descripciones económicamente útiles de

²⁴ El Code Napoleón creó un sistema de transferencia de la propiedad basada en el Principio Consensualístico. GONZALES BARRON, Gunter Hernán. Op. Cit. p. 437.

²⁵ DE SOTO, Hernando, *El Misterio del Capital*, Editorial Planeta Colombiana S.A, Bogotá 2004, pp. 87 y 90.

los activos, trátase de tierras, bienes muebles o inmuebles, buques, industrias, minas o aeronaves. Estos archivos alertarán al interesado en el uso de determinado activo acerca de aspectos que podrían restringir o enriquecer su realización: gravámenes, servidumbres, arrendamientos financieros, deudas atrasadas, quiebras e hipotecas. Los registros también se aseguran de que los activos estén representados de modo adecuado y preciso en formatos apropiados fáciles de mantener al día y de obtener.

b.2 LA ESCUELA NATURAL Y LA ESCUELA POSITIVISTA

En principio, se pretende demostrar en la presente investigación, la importancia que tiene la definición del derecho de propiedad predial con la finalidad de resolver legislativamente cuestiones que no ayudan a su ejercicio sea eficiente tal como se aspira. En este sentido, científicamente, no obstante que la tesis de la escuela positivista ha propugnado el nacimiento del derecho depurado de todo sentido natural, se ha hallado ciertas relaciones entre ambas escuelas.

Georgio Del Vecchio, sostiene que existen relaciones entre el Derecho Natural y el Positivo, debido a que el Derecho Natural es, pues, el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo.²⁶

Para Del Vecchio el Derecho Natural no está necesariamente positivizado en el Ordenamiento Jurídico, dado que tiene utilidad subsidiaria o complementaria al momento en que el órgano jurisdiccional deba resolver un caso concreto. Es decir, el Juez acude al Derecho Natural cuando el Derecho Positivo no ha previsto en la norma un determinado supuesto jurídico.

Uno de los inmutables principios del Derecho natural está en el de la propiedad. Basándose en un superior derecho a la vida, el hombre hace suyos y disfruta de los bienes para satisfacer sus necesidades vitales. El Derecho natural absoluto debió sufrir un cambio radical, para reconocer la existencia de un Derecho natural relativo, más a

²⁶ Es de notar que en determinadas materias, el mismo legislador se abstiene deliberadamente de fijar una norma, confesando que se remite a aquel criterio de razón natural que se presupone como fundamento intrínseco del derecho. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Rosch, Casa Editorial, S.A, 9na Edición, Barcelona 1980, p. 529.

propósito con la naturaleza degenerada o caída del hombre. Fue así como nacieron las sanciones, el régimen jurídico familiar y la propiedad privada.²⁷

John Locke en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, sostiene, sobre el deber del Estado, de garantizar una serie de derechos, entre ellos, el derecho de propiedad, a través de una ley establecida, fija y conocida. Señala también, que el grande y principal fin que lleva los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza. Como el fin principal de los hombres al entrar en sociedad es disfrutar de sus propiedades en paz y seguridad, y como el gran instrumento y los medios para conseguirlo son las leyes establecidas en esa sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los estados es el establecimiento del poder legislativo.²⁸

El autor señala cuáles son los pasos que el poder legislativo debería seguir para dictar la ley positiva: En primer lugar, no puede ejercer absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo. En segundo lugar, la autoridad legislativa o suprema no puede gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y decidir cuáles son los derechos de un súbdito, guiándose por leyes promulgadas y establecidas, y sirviéndose de jueces autorizados. En tercer lugar, el poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad del hombre, sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y esa es la razón por la que los hombres entran en sociedad, ello implica necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades; pues si perdieran al entrar en sociedad – y entraron en ella a fin de conservarlo - estarían cayendo en un absurdo demasiado grande como para que alguien pudiese aceptarlo. Por lo tanto como los hombres que viven en sociedad pueden ser propietarios, tienen derecho a esos bienes que, según la ley de la comunidad, son suyos; y nadie tiene el derecho de quitárselos ni total ni parcialmente, sin que ellos den su consentimiento. Sin esta garantía, no tendrían propiedad en absoluto; pues, ciertamente, no podría yo decir que poseo algo, si otra persona tiene el derecho de quitármelo sin mi consentimiento.²⁹

²⁷ ARIAS SHEREIBER PEZET, Max. Op. cit. p.21.

²⁸ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, 1990, P.140.

²⁹ LOCKE, John. Op. citada, p. 146.

Locke, es uno de los exponentes de la Escuela Clásica del Derecho Natural, que como se expuso líneas arriba, reconoce que debería existir una autoridad legislativa que garantice el goce de los derechos, en especial del de la propiedad, sin que exista la posibilidad de que el Estado mismo pueda actuar en desmedro del titular de un derecho subjetivo. El hombre, sostiene el autor, en el estado de naturaleza es bueno, en el estado de sociedad es mejor. Para eliminar las inconveniencias que se presentan en el estado de naturaleza, los hombres se unen en sociedad mediante un contrato. La sociedad tiene por finalidad reprimir los abusos que impiden el disfrute de los derechos naturales, como la libertad y la propiedad (*Del gobierno civil*, lib. II).³⁰

La Escuela Positiva de Hans Kelsen, niega la posible relación que podría guardar su posición con la del Derecho natural, aunque el Derecho positivo tenga por contenido al Derecho natural y sea por ello Derecho acertado y justo, es una afirmación que no fue demostrada y no será demostrable, aún pareciera que haya características propias del Derecho natural que pretenda estabilizar una forma de gobierno autocrático-aristocrática, de plano no es Derecho natural sino Derecho positivo, porque lo que se trata de fundar con ello es una forma de gobierno.

Lo que nos interesa en este contexto, es el planteamiento sostenido por el Positivismo jurídico de Augusto Comte, que nace en el seno de la revolución burguesa, con la demolición del antiguo orden para forjar un nuevo orden, enarbolando la bandera de la libertad impulsado de una nueva manera de pensar dinámica de progreso. Según Augusto Comte, los elementos que siempre serán fijos e inalterables en el tiempo son la religión, la propiedad, la familia y el lenguaje. De este modo, el positivismo de Comte, tiene capital importancia, porque surge con el nacimiento de la revolución burguesa, que deja atrás un régimen de propiedad fundada en el feudalismo, para pasar a un sistema de propiedad privada como un factor gravitante, puesto que alrededor de este sistema giraron diferentes elementos para que se desarrolle el progreso de manera dinámica.

Como se podrá notar tanto la Escuela natural y la Escuela positivista, tienen en cuenta en la construcción de la explicación de sus teorías, una desde un punto de vista ideal o metafísica y la otra en base al método experimental, a la propiedad. La

³⁰Op. Citada por TORRES VASQUEZ, Anibal, *Teoría General del Derecho*, Idemsa, 3ra Edición, Lima 2006, p. 848.

propiedad es el punto sobre el que ambas escuelas coinciden como un elemento inalterable en el tiempo, lo que supone en estos tiempos que su protección tiene como presupuesto haber sido recogido por la filosofía jurídica para explicar sobre el preponderante papel que jugó para la evolución de las nuevas sociedades orientadas hacia al dinamismo económico. No obstante al aspecto coincidente, la protección del derecho de propiedad privada fue acogida por casi todas las legislaciones del mundo, de manera que forma parte de los ordenamientos jurídicos, dada la importancia económica que implica su ejercicio.

Actualmente, el Ordenamiento jurídico se inclina a la noción de Derecho Occidental Moderno, debido a que se va superando los alcances de una norma jurídica conforme a la proposición formulada por el positivismo de Hans Kelsen, esto es, una norma jurídica no solamente entraña una prohibición o una imperatividad, sino también, en algunos casos define un derecho para su disfrute, mientras que en otros casos impulsa el ejercicio de un derecho con el objeto de alcanzar la satisfacción de necesidades diversas, facilitando la maximización de beneficios. En términos sencillos, el modelo del Derecho Moderno es aquel que contribuye a la sociedad de mercado. Siendo así, la definición del derecho de propiedad predial permite que la transferencia se efectúe en base a una información cognoscible, predecible y publicitada en una dependencia Estatal, en el caso peruano en la SUNARP.

c. LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD PREDIAL

El sistema romano

De acuerdo al sistema romano, para que haya transferencia perfecta de propiedad es imprescindible, además del acuerdo contractual, la realización de la tradición del bien de manera real y efectiva, siendo el modo de la transferencia de la propiedad la tradición.³¹

El sistema germano

³¹ Según el sistema romano, el título solo le confiere al comprador la posibilidad de adquirir la propiedad, la que se hará real y efectiva a través del modo que es la tradición. GONZALES LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales*, Palestra Editores, Lima 2007, p. 320.

Este sistema se apoya en las orientaciones del Derecho romano; pero lo perfecciona introduciendo nítidas innovaciones que lo diferencian del sistema anterior. En cuanto a los bienes inmuebles la tradición del bien opera por el consentimiento (voluntad) de los contratantes sin distinción de la relación entre las partes con terceros, pero se exige la inscripción respectiva del acuerdo contractual, de tal manera que consentimiento e inscripción son imperativos para que exista transmisión dominial.³² La inscripción es un requisito formal constitutivo para la adquisición de la propiedad inmobiliaria y de los derechos sobre inmuebles (873, 925 BGB). El principio fundamental de la eficacia del registro es según los parágrafos 891; 892 et 893 del BGB, la presunción de integridad y exactitud del registro que es ius et de iure frente a los terceros de buena fe. Pero la publicidad y legitimación registral no abarcan a los datos de hecho. Asimismo, en Alemania las parcelas e inmuebles son identificadas catastralmente (Liegenschaftskataster), y esta delimitación catastral es previa a la inscripción en el registro de la propiedad.³³

El sistema francés

El sistema francés tiene las siguientes características: 1. La propiedad se transmite por el solo efecto de las convenciones. Transmisión ad consensus. 2. La tradición del bien deja de ser necesaria. 3. La voluntad es la fuente de transmisión de la propiedad. 4. Sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título, el modo es innecesario, o al menos se le considera implicate al título, en bienes inmuebles. 5. La tradición pierde su calidad de modo de transferir la propiedad, representa solo la ejecución de la obligación del vendedor.³⁴

d. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL AMBITO INTERNACIONAL

El derecho de propiedad fue recogido a través de diferentes instrumentos internacionales, por lo que a continuación, se mencionan los siguientes:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

³² Ibid., pp. 320 y 321.

³³ De acuerdo al sistema alemán la inscripción registral es constitutiva para que la transferencia de la propiedad predial opere realmente a favor del adquirente, pero previamente el inmueble debe estar representado en un catastro. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Jurista Editores, Lima 2010, p. 205.

³⁴ GONZALES LINARES, Nerio. Op. Cit. p. 324.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (1969)

e. LA TRANSFERENCIA CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD PREDIAL

La transferencia consensual de la propiedad predial, tiene como consecuencia también la presencia de la asimetría informativa³⁵, entre quienes intercambian comercialmente. Es importante resaltar en relación a la información con el que cuenta el adquirente sobre los aspectos concernientes al bien que ha de adquirir en el mercado inmobiliario con la seguridad que la situación le permita. Pues, mientras la información se encuentre oculta o no es de fácil accesibilidad, los costos de transacción se disparan considerablemente y por el riesgo el valor del bien cuesta por debajo del precio de un bien cuyas características estén mayormente especificadas a través de la información socialmente cognoscible. La idea a estas alturas es generar protección al derecho de propiedad del adquirente reduciendo las asimetrías informativas y determinando que todos tengan conocimiento de la adquisición a fin de que la oponibilidad sea perfecta.

Si los adquirentes se percatan de las desventajas informativas que padecen, muchas transacciones provechosas tenderán a no llevarse a cabo. Para remediarlo, todos los ordenamientos jurídicos³⁶ modernos estimulan o incluso requieren que los contratos que pretendan lograr efectos reales se hagan públicos. De este modo, se reducen los costes para producir información sobre qué derechos reales se podrían ver afectados y actuar en consecuencia, negociando el consentimiento con sus titulares o asumiendo, con los ajustes de precio correspondientes, los riesgos residuales que puedan subsistir.³⁷

La información en materia inmobiliaria está asociada a la publicidad registral. Pues, se trata de una cuestión técnica, y se procura utilizar los progresos científicos para brindar los soportes más seguros para la conservación de los datos, y la rapidez y

³⁵ La asimetría informativa es una característica intrínseca a cualquier transacción económica (e incluso a otros aspectos sociales), en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro. MORALES ACOSTA, Alonso, *Asimetría Informativa, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Responsabilidad Civil III, Responsabilidad Civil y Administrativa por Daños al Consumidor*, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 94.

³⁶ El conjunto de normas jurídicas vigentes en determinada colectividad constituye el derecho u ordenamiento jurídico. TORRES VASQUEZ, Anibal. Op. Cit. p. 249.

³⁷ ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de Titulación de la Propiedad*, Palestra Editores, Lima 2004, p. 57.

facilidad en su consulta, de manera que se haga efectiva la publicidad como forma de proteger la seguridad jurídica.³⁸

2.3 MARCO CONCEPTUAL

1. **Seguridad Jurídica.-** Garantiza el disfrute y estabilidad de los derechos desde su adquisición hasta su extinción, pasando por la transmisión de esos derechos.
2. **Publicidad registral.-** Es una proclamación oficial que produce cognoscibilidad, veracidad o verdad oficial de los actos o contratos.
3. **Transferencia.-** Transmisión de la propiedad en virtud de un contrato, tradición, instrumentalización y/o inscripción registral.
4. **Propiedad.-** Es el derecho real completo, que permite el ejercicio de todos los poderes inherentes (usar, disfrutar, disponer y reivindicar) sobre la cosa jurídicamente reconocida de manera excluyente y exclusiva³⁹ frente a terceros y al Estado.
5. **Inmueble.-** Porción de terreno destinado para dominio urbano y rural.
6. **Propiedad predial.-** Poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien inmueble de dominio urbano o rural.
7. **Transferencia consensual.-** Transmisión de la propiedad predial con la sola obligación de transferir en virtud a la celebración de un contrato.

³⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La Publicidad Registral*, Palestra Editores, Lima 2004, p. 50.

³⁹ La propiedad es un derecho exclusivo, porque el propietario, y sólo él, puede hacer uso de las facultades inherentes al ejercicio de este derecho, que es exclusivo y excluyente. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*, Rao Editora, 4ta Edición, Lima 1998, p. 380.

8. **Posesión.-** La posesión es un derecho real⁴⁰ que entraña el ejercicio del poder de uso y goce de un bien, es decir, el aprovechamiento económico, pero de ninguna manera la disposición.
9. **Registros Públicos.-** Entidad del Estado que tiene como función conservar de manera oficial la publicidad registral de la transferencia de la propiedad predial.
10. **Oponibilidad.-** Efectos reales del derecho de propiedad de manera exclusiva y excluyente frente a los demás, desde que el derecho obtiene publicidad.
11. **Legislación Civil.-** La legislación civil se encuentra básicamente en el Código Civil y en diversas leyes especiales civiles.
12. **Contrato.-** Es el núcleo básico del intercambio económico de bienes y servicios, como fuente de obligación⁴¹ que se materializa a través de una regla de conducta estipulada entre dos o más partes con el objeto de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.
Del mismo modo, el contrato es una de las manifestaciones de la libertad individual, traducida específicamente en la libertad de contratar y en la libertad contractual.⁴²
13. **Contrato de compraventa.-** Es el contrato a través del cual se transfiere la propiedad de un bien al comprador a cambio del pago en dinero. Es el motor que

⁴⁰ La posesión es indudablemente hoy un derecho...Nace como un hecho, pero de inmediato se torna un derecho, ello por la defensa posesoria; no interesa que esta protección sea provisional y transitoria. RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales*, Tomo I, *Teoría General de los Derechos Reales, Bienes, Posesión*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004, p. 298.

⁴¹ Fuente de obligación, porque es fuente normativa, es decir, acto con el cual se imponen las normas o imperativos jurídicos. El contrato es fuente de normas, y, por lo tanto, de deberes jurídicos, y, entonces, de obligaciones en sentido lato. FERRI, Luigi, *Lecciones sobre Contrato*, Grijley, 1ra edición en castellano, Lima 2004, p. Xlviii.

⁴² La libertad de contratar es entendida como la facultad que tiene el sujeto de decidir libremente si celebra o no un contrato; mientras que la libertad contractual es considerada como la facultad que tienen las partes de poder decidir libremente los alcances del contenido del contrato que celebren. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima 2002, p. 125.

impulsa activamente⁴³ el movimiento del mercado de bienes orientado a la satisfacción de las necesidades humanas.

14. Escritura pública.- Es un instrumento típicamente notarial y protocolar, que entraña un negocio jurídico, es decir, es el documento que sirve para conservar y hacer perdurable ese acto⁴⁴ o negocio.

⁴³ Resumiendo, podemos afirmar que la compraventa constituye un organismo vivo dentro del mundo contractual, que se mueve activamente dentro del proceso de la producción, circulación, distribución y consumo de los bienes y que le corresponde un cometido de elevado interés humano y social. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, *Contratos Parte General, Contratos Nominados*, Gaceta Jurídica, Lima 2006, p.331.

⁴⁴ El actum que aquí interesa es todo aquello que tiene trascendencia jurídica, ya sean situaciones, hechos, actos o contratos; mientras que el dictum es el documento representativo que puede contener la simple narración de un hecho o ser expresivo de un negocio jurídico...En el dictum el notario asume la autoría del documento, con las siguientes reglas: i) En la esfera de los hechos, el notario narra fielmente lo que oye y percibe por sus sentidos. ii) En la esfera negocial o contractual, el notario recoge con autenticidad las declaraciones de voluntad de los otorgantes. GONZALES BARRON, Gunther, *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, Jurista Editores, 2da Edición, Lima 2008, p. 638.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- a. **Tipo de investigación:** Básica.
- b. **Nivel de investigación:** Descriptivo, causal.

3.2. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACION

- a. **Método de la investigación:** Analítico – inductivo, histórico comparativo.
- b. **Diseño de la investigación:** Descriptivo comparativo.

3.3. UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA

- a. **Universo.** Expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en las distintas materias, que se encuentran archivados en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

b. **Población.** 10000 expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en distintas materias, que se encuentran archivados en el Archivo Central de la Corte Superior de Ayacucho.

c. **Muestra.** 400 expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad del Primer Juzgado Civil de Huamanga, tramitados desde el año 2006 al 2012. **SUBMUESTRA:** 09 expedientes sobre mejor derecho de propiedad y reivindicación, del 2006 al 2012.

3.4. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y FUENTES DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- **Técnicas :**

Análisis de datos (expedientes)

Evaluación documental

Análisis cualitativo

Comparación

Análisis cuantitativo

- **Instrumentos:**

Se utilizará como instrumento: Fichas bibliográficas, Registro, Expedientes, Registro anecdótico, Registro de casos.

Fuentes:

Doctrina y Legislación civil nacional en materia de transferencia de la propiedad predial.

Doctrina y legislaciones más influyentes en materia de transferencia de la propiedad predial.

Expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad en los juzgados: Primer y Segundo Juzgado Civil de Huamanga.

3.5 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS RECOLECTADOS

a. Selección y Representación por Variables.

b. Matriz Tripartita de Datos:

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
Expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en las distintas materias, que se encuentran archivados en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.	10000 expedientes judiciales sobre procesos fenecidos en distintas materias, que se encuentran archivados en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.	400 expedientes judiciales sobre procesos fenecidos del Primer Juzgado Civil de Huamanga, desde el año 2006 al 2012. SUBMUESTRA: 09 expedientes sobre mejor derecho de propiedad y reivindicación (2006-2012).

- c. Utilización del Procesador Sistematizado Computarizado sistema SPSS.
- d. Pruebas Estadísticas: pruebas de medidas de tendencia central y de correlación múltiple.
- e. Análisis cualitativo y cuantitativo de datos.

Para el análisis de los datos se utilizará el método analítico y comparativo para la deducción respectiva de las diferencias y la relación de los estilos en función a la especialidad profesional en la que vienen estudiando. Asimismo, se harán los análisis estadísticos de los datos recogidos sobre los expedientes fenecidos y archivados de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

CAPITULO IV

SISTEMAS COMPARADOS

4.1 HISTORIA Y DEFINICION DEL DERECHO DE PROPIEDAD

a. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Antes de entrar estrictamente al tema de los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble, es conveniente desarrollar acerca de la importancia que estriba en el derecho privado la definición del derecho de propiedad, porque es el núcleo central del funcionamiento de los mercados. En los mercados utilizando como instrumentos los contratos de compraventa se realizan una serie de transferencias de los derechos de propiedad. Es más fácil constatar la transferencia cuando se trata de bienes muebles, debido a que es ordinario que ocurra la concurrencia del título y el modo, en momentos inmediatamente continuos con una interrupción casi imperceptible. El problema radica, principalmente en el caso peruano, en materia de transferencia del derecho de propiedad predial, en la fórmula propuesta por nuestra Legislación que para la época ya no es funcional, esto es, ya no es presupuesto como para creer que la transferencia del predio se ha hecho revestida de la oponibilidad frente a terceros. Por ello, es importante conocer la parte histórica para diferenciar cuál era el papel que jugó el derecho de propiedad en cada época y tener presente cómo en la actualidad funciona según la naturaleza de las cosas.

El derecho de propiedad históricamente ha experimentado una evolución desde antes del descubrimiento de la agricultura; y que en cada época ha tenido funciones marcadamente distintas.

Así José MEJIA VALERA⁴⁵, hace un esbozo sobre la evolución histórica de la propiedad privada de la siguiente manera:

1. Durante la etapa en la que existió la sociedad tribal o arcaica, uno de los derechos más arraigados en la especie humana es la propiedad; pero, con la particularidad, de un sistema colectivo de la tenencia de la tierra, debido a las facilidades que existieron durante el Paleolítico para la expansión territorial y por el gran esfuerzo que requería el desbrozo de los campos, la defensa de los animales depredadores y la dependencia del hombre de su medio circundante. La propiedad es común, debido a la cohesión que entrañó para su defensa frente a cualquier amenaza externa, es decir, el derecho de propiedad era exclusivo y excluyente para una determinada comunidad.
2. Superado en el tiempo la subsistencia de la sociedad tribal, el derecho de propiedad de carácter colectivo fue reemplazado por un esquema de derecho de propiedad privada familiar, por el cambio tecnológico ocurrido en la agricultura, cuya explotación extensiva se convirtió en intensiva, convirtiéndose la familia en la titular del nuevo Derecho patrimonial, manteniendo en mancomún el territorio familiar y sus productos. Muchos aspectos que influyeron en la transición de la propiedad privada familiar se experimentaron de modo semejante tanto en la Grecia y Roma antiguas. Se caracterizaba la propiedad privada familiar, básicamente, en que el dominio estaba a cargo de un pater familia o jefe de familia, cuyo ejercicio lo hacía en nombre de toda la familia; y si fallecía, dicha posición era asumida por el hijo varón primogénito. Se legitimó, puesto que cada familia poseía una tumba, no estando permitido que en ella se juntaran miembros de otras familias, de manera que su ejercicio fue excluyente; del mismo modo, cada familia poseía su hogar y sus antepasados, que no debían ser adorados más que por ella y sólo a ella protegen.

⁴⁵ MEJIA VALERA, José, *Sociología del Derecho*, Gráfica Horizonte, Lima 2002, p. 185 y ss.

3. La propiedad privada surge por el descontento mostrado por los segundones, que dependían económicamente del primogénito, quienes presionaron enérgicamente, sin duda durante varios siglos, hasta crear un clima favorable a sus intereses, para que la sucesión hereditaria fuera universal, y distribuirse el patrimonio familiar entre todos los hijos varones en partes iguales. El Derecho Romano es el ejemplo de la importancia de dicha transformación. A partir de entonces, los derechos reales se convirtieron en el centro de todo el sistema jurídico, alrededor del cual giran todos los demás derechos.

En Roma, en una época histórica no precisada, se operó en la propiedad una suerte de división. La propiedad quiritaria, como se ha dicho, solamente podía obtenerse o transferirse) a través de las formalidades o procedimientos esenciales establecidos por el derecho civil, a saber: a) que el propietario fuera un ciudadano romano, b) que fuera a través del procedimiento especial de la *mancipatio* o el rito especial *in iure cessio*, y no por mera tradición (de lo contrario era propiedad *in bonis*), c) que fuera una *res Mancipi* (v. gr., los fundos itálicos, los ganados, etc.). Esta propiedad quiritaria se hallaba protegida por una acción de tipo real: la *reivindicatio* o acción reivindicatoria.⁴⁶

En el período clásico romano los bienes se distinguieron en *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. La *res Mancipi* estaba constituida por las cosas desde los tiempos primigenios de dominio del *pater familia*; mientras que la *res nec Mancipi*, eran las cosas pertenecientes al individuo exclusivamente, adquiridos por la *traditio*. La transferencia de la propiedad en el régimen del *res Mancipi*, se ejecutaba a través de previas formalidades que se debían observar, dado que se requería en el instante en que se celebraba el contrato la presencia de por lo menos cinco testigos y la disponibilidad de una balanza; en cambio en el sistema de la *res nec Mancipi*, la transferencia operaba cuando se efectuaba la *traditio*.

De acuerdo a la literatura sobre la historia del Derecho romano, se observa que los romanos ya habían implantado diversos modos de adquirir la propiedad, los que son: La ocupación, la especificación, la accesión, la *res Mancipi*, la *iure cessio*, la *res nec Mancipi* y la usucapión. Asimismo, se conocían varias clases de propiedad: *Ager*

⁴⁶ RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales*, Tomo II, *Propiedad y Copropiedad*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004, p. 24.

Públicos, propiedad peregrina del *ius gentium*, la propiedad provincial, la propiedad quiritaria y la propiedad pretoriana.

Como se podrá notar, históricamente, en épocas primigenias, el ejercicio del derecho de propiedad estuvo a cargo de la comunidad, caracterizado en la ocupación territorial cuyo límite no podía ser invadido por otras tribus, la misma suerte corrían los territorios ocupados por las demás tribus. La cohesión de una multiplicidad de personas fue precisamente para proteger el territorio ocupado, a fin de que en el interior de ello realicen actividades, como la caza, la pesca, el pastoreo, etc. para la satisfacción de sus múltiples necesidades, sin que se presenten inconvenientes. No obstante, que el titular del derecho de propiedad fuera la comunidad o la tribu, su ejercicio cobró una particular importancia, por cuanto fue excluyente frente a otras tribus, es decir, el territorio circunscrito o delimitado no podía ser ocupado sino solamente por la titular. Pues, el ejercicio exclusivo y excluyente del derecho de propiedad comunitario, sería el antecedente original del régimen de propiedad privada, puesto que su consumo fue de carácter rival. A lo largo de los años, el derecho de propiedad comunitario fue desgastándose considerablemente a raíz de la evolución de la agricultura que tuvo como base la sedentarización, para pasar a una nueva forma de propiedad privada familiar, de manera que el territorio apropiado por la familia no podía ser objeto de cualquier perturbación a cargo de otro grupo familiar. También, el ejercicio del derecho de propiedad familiar, si bien su administración no fue la más eficiente, fue de carácter exclusivo y excluyente frente a las demás familias existentes. Además, la definición de los límites del territorio en ambas formas de propiedad, es semejante a lo que hoy en día se hace para delimitar un inmueble, con la diferencia de que en aquellas épocas fue a través de métodos incipientes. En la actualidad en gran medida se utilizan métodos tecnológicamente avanzados para definir el inmueble. Los inmuebles son identificados en el espacio a través de planos debidamente georeferenciados, cuyas informaciones se convierten en oficiales una vez que ingresan al catastro registral como un derecho de propiedad a favor de alguien.

En concordancia a lo expuesto en el ítem precedente, existen semejanzas entre la propiedad colectiva, la propiedad familiar y la propiedad privada, debido a que la exclusión y la exclusividad son los caracteres comunes, por ello es que se podría afirmar que las dos primeras formas de propiedad serían consideradas como las que dieron

origen al surgimiento de la propiedad privada propiamente dicha. La diferencia radica en que el ejercicio de la propiedad privada es más eficiente debido a los incentivos económicos favorables que se perciben, lo que no ocurrió en las otras formas de propiedad.

Es preciso resaltar que la propiedad durante el imperio romano fue vinculada enteramente al concepto objetivo del derecho, puesto que aún no se conocía el derecho subjetivo, de forma que era asociado básicamente a la existencia de la cosa o *ius*. La propiedad era una cualidad de la cosa, es decir, respondía a un orden según la naturaleza de las cosas. La concepción del derecho subjetivo recién se acuña, cuando Marcel Planiol, divide al derecho en derecho objetivo y derecho subjetivo.

En este sentido, históricamente no se puede encontrar el concepto del derecho de propiedad de un modo unívoco, por cuanto ha sufrido variantes conceptuales según el tiempo o época determinada. Hoy en día el concepto de derecho de propiedad varía en la medida en que la tecnología permita nuevas formas de apropiación o transformación de bienes para colocar al servicio de los mercados. La evolución del concepto del derecho de propiedad está íntimamente vinculada al desarrollo de los mercados. La propiedad necesariamente entraña, entre otros, un interés económico del sujeto de derecho.

Lo abstracto de la concepción del derecho de propiedad radica en la discusión interminable sobre si se puede conocer singularmente como derecho de propiedad o pluralmente como derechos de propiedad. La mayoría de la doctrina se inclina a que en razón al cambio que se está experimentando no es correcto entender al fenómeno singularmente sino pluralmente. Como se podrá advertir, a medida que los mercados van desarrollando van apareciendo nuevos derechos de propiedad, así como van desapareciendo otros.

Nerio GONZALES LINARES ⁴⁷, acertadamente manifiesta, que la historia del derecho nos informa que la propiedad es el concepto que más cambios ha sufrido por factores políticos, sociales, económicos y, en las últimas décadas, por el gran avance de la tecnología y de la ciencia, de tal suerte que la propiedad no tiene hoy, y al parecer,

⁴⁷ GONZALES LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales*, Palestra Editores, Lima 2007, p. 263.

nunca tuvo, un solo significado unívoco), pues se ha mostrado siempre multívoca y hoy más que nunca todos los factores aludidos, que son generadores de diferentes formas específicas de propiedades, claro está más allá de su estrecha naturaleza privada o individual.

El concepto de utilidad de un bien para su propietario, varía en el tiempo y en el espacio, lo que antes fue inútil ahora puede ser de utilidad para el individuo o la sociedad, o sea, un bien puede ser útil para una persona o sociedad y para otras no, siendo así el valor y la utilidad de los bienes resultan relativos y dentro de esta relatividad juegan papel muy importante las reglas del intercambio de los mismos; como dijimos, para unos serán útiles, para otros no.⁴⁸

El régimen de propiedad durante el feudalismo, que coincidió temporalmente con la edad media tras la caída del imperio romano, se caracterizó por la aparición de la propiedad feudal y la propiedad alodial. La propiedad feudal a diferencia de la propiedad romana, no es un derecho único ni exclusivo, sino que estuvo compuesto de varios derechos: el derecho del señor feudal de carácter directo y eminente y el derecho del concesionario de carácter útil. La propiedad feudal se obtenía bajo la existencia del contrato de feudo celebrado entre el rey y el noble, y entre los nobles entre sí. La propiedad alodial, suponía que excepcionalmente había posesiones libres de tierras sin ninguna carga, servicio o gravamen a favor del feudo. Esto ocurrió inmediatamente a la caída del imperio romano. Los propietarios alodiales se sentían desprotegidos, por lo que, optaron en incorporarse a la protección de los señores, de modo que tuvo que desembocar en la separación del dominio directo con el dominio útil. Adicionalmente la Iglesia también ejercía un derecho de propiedad sobre los bienes obsequiados como legados piadosos, que mayormente recaían en bienes alodiales, y la iglesia a la vez concedía a los particulares en usufructo o en censo.

El rasgo más resaltante, como una síntesis de lo señalado en el párrafo anterior, es la concesión de las tierras por el señor feudal al productor directo. Se estructuró básicamente la organización feudal, en la lealtad y la asistencia mutua entre el feudo y el vasallaje, mayormente de carácter militar con la finalidad de brindar protección

⁴⁸ GONZALES LINARES, Nerio, op.cit., p. 265.

personal y defender la tierra correspondiente al feudo. La organización militar entrañó la recaudación de fondos para su sostenimiento, de modo que la recaudación de ingresos consistió en el cobro de impuestos por medio de dinero o especies, asimismo el pago se efectuó a través de la fuerza de trabajo, también a través del pago a cambio de los servicios de molinos, puentes y otros, y excepcionalmente por la venta de porciones de tierra.

El régimen feudal suponía la existencia de un reino basado en un régimen político estatal débil, puesto que estaba compuesto en la relación de cooperación recíproca a fin de mantener la supervivencia frente a cualquier amenaza de invasión externa. El feudal era el amo y señor de la tierra.

Las revoluciones acaecidas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, entre los siglos XVII y XVIII, fueron los hechos resaltantes que desencadenaron la decadencia del sistema feudal, generando un cambio radical en la forma de vida social, político, económico, cultural y jurídico, logrando la consolidación de los derechos que fueron considerados como naturales, entre ellos, la libertad y la propiedad.

Con la revolución inglesa del siglo XVII, se sientan las bases del cambio enarbolando la afirmación de la libertad del individuo, la libertad de conciencia y la igualdad ante el derecho. Pues, por las tensiones existentes entre el Rey Carlos I y los putitanos, estos liderados por Cronwell, llegaron a juzgar y ejecutar a aquél, logrando además la supresión de la Cámara de los Lores, estableciéndose la república Puritana, que en 1653 proclamó la primera Constitución escrita de la historia universal, el instrument of government, que sirvió de antecedente para la aceptación de la Declaración de Derechos o Bill of Rights.⁴⁹

La revolución norteamericana del siglo XVIII, concluye con la redacción de la primera Constitución de los Estados Unidos entrando en vigor en el año 1789, la misma que fue enmendada en 1791. La Constitución norteamericana fue redactada teniendo

⁴⁹ En 1660 se convoca al Parlamento que decide restablecer la monarquía y la Cámara de los Lores. En el reinado de Jacobo Estuardo, se generaron nuevas tensiones políticas hasta 1688, año en trono de Guillermo de Orange, Guillermo III de Inglaterra, quien aceptó la Declaración de Derechos (Bill of Rights) y así se consolidó la monarquía parlamentaria en Inglaterra. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, p. 53.

como base a la Declaración de Virginia de 1776.⁵⁰ La Declaración de Virginia recoge como principal derecho a la propiedad y a la libertad como fundamentos básicos para la aparición del capitalismo.

Asimismo la revolución francesa del siglo XVIII, origina la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que, el derecho de propiedad fue tratada en dos de sus artículos de la siguiente manera: a) La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, y esos derechos son: libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión, y b) Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa.

La revolución industrial crea, en efecto, la nueva fuerza económica, social y política del dinero (“economía dineraria”) provenientes de tres grandes instituciones o hechos o, si se quiere, de nuevas formas de propiedad: en primer lugar origina el aumento en proporción e importancia de la propiedad mobiliaria; en segundo y tercer lugar, la aparición de grandes empresas mercantiles e industriales. Las características de estos tres hechos es que se producen muy al margen del campo, es decir, se dan en la urbe.⁵¹

Como se aprecia, el concepto de propiedad privada se va acrisolando, en la medida que va evolucionando en el tiempo. En el momento del estallido de la Revolución Francesa, al parecer una burguesía ansiosa de asumir el poder, utilizaba a las masas populares como instrumento material de sus designios y a la legislación como uno de sus principales instrumentos formales, retornando al ordenamiento jurídico romano, netamente absoluto e individualista. La propiedad se eleva, al nivel de un dogma, convirtiéndose en un derecho “sagrado” e “inviolable”, cuyo rango político, queda signado en el mismo nivel de la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Todas ellas reciben el común carácter de “derechos naturales e

⁵⁰ La Declaración de Virginia, redactada por Jefferson, consta de dieciséis artículos que pueden ser resumidos, entre otros, en que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, en esencia del gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y seguridad. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Op cit., p. 55.

⁵¹ RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 24

imprescriptibles del hombre”. Nunca antes había alcanzado el derecho de propiedad tan elevada categoría conceptual⁵².

A propósito de la extraordinaria trascendencia de los fenómenos derivados de la Revolución industrial, se ha hablado repetidamente de la época dorada de los “burgueses conquistadores”, del apogeo de la burguesía. Efectivamente, al tiempo que consolidaba su hegemonía en el logro de los objetivos de su revolución política de clase (revolución burguesa), el control y la orientación de los importantísimos resortes de la evolución técnica y económica de la Revolución industrial proporcionaron a la burguesía audaz y emprendedora los instrumentos que le permitieron ocupar – de forma clara e indiscutible – el primer lugar de la vida social. Y, paralelamente, con el decisivo ascenso de la burguesía, la realidad de las peculiares condiciones, a través de la puesta en marcha de las formas de industrialización, iba a consagrar también, de forma poderosa e irreversible, el auge de las ciudades, de tal modo que se situaría el papel de tales aglomeraciones humanas en un primerísimo lugar de la vida social. A partir de ahora, a los cada vez más complejos y desarrollados núcleos urbanos les tocaría jugar un papel fundamental. No sólo desde el punto de vista cuantitativo de la distribución de la población en las zonas desarrolladas de Occidente, al pasar a controlar numéricamente a masas cada vez mayores, en detrimento del tradicional predominio de los porcentajes rurales; sino también y sobre todo al convertirse en núcleos aglutinadores de las actividades económicas, sociales, políticas y culturales de los países sobre los que se edificaron. El apogeo de las ciudades, en consecuencia, destacará como uno de los fenómenos más importantes de la historia del siglo XXI y su realidad podrá ser definida como resultado básico y decisivo de las transformaciones del sistema industrial⁵³.

En la línea apuntada, la evolución de mecanismos de producción en el seno de la nueva dinámica industrializadora afectaría profundamente los antiguos esquemas demográficos, no sólo en el sentido de que el cambio profundo y decidido que en conjunto socioeconómico mundial iba a suponer el hecho de que el factor primordial de la actividad económica no iba a seguir siendo la agricultura e incidiría necesariamente

⁵² VASQUEZ RIOS, Alberto, *Derechos Reales, Tomo I*, Editorial San Marcos, Cuarta Edición, Lima 2011, p. 253.

⁵³ *Historia Universal, tomo 17, El siglo XIX en Europa y Norteamérica*, Salvat Editores, Lima 2005, p. 118.

en las realidades de la estratificación de los sectores agrarios, sino que además el nuevo sector, llamado a ocupar el primer lugar en la actividad productiva, se determinaría a través de formas muy concretas de organización del trabajo y de la empresa industrial, que condicionarían necesariamente crecientes movimientos migratorios – trasladando núcleos de población desde el campo a la ciudad – al constituirse, especialmente para la nueva figura productiva de la “fábrica”, unos poderosos movimientos de concentración humana, que se concretarían en grandes contingencias de obreros industriales, empleados en el manejo y funcionamiento de las máquinas, agrupados en grandes talleres y naves de producción. La aplicación creciente y sistemática del sistema maquinista suponía, en suma, la superación de las viejas formas de trabajo atomizado (de pequeñas unidades productivas constituidas por un número muy pequeño de operarios) a favor de las grandes fábricas, que utilizaban los servicios de centenares e incluso de millares de obreros⁵⁴

Tal como ha quedado expuesto, la evolución de la burguesía entrañó la formación de las ciudades como núcleos desde donde se ejercieron y se siguen ejerciendo en la actualidad el desarrollo de las actividades de la vida política, económica y social de todas las potencias a nivel mundial, inclusive en los países comunistas. Las ciudades desde el punto de vista político tienen como eje en que en una de ellas o en algunas que son parte de un determinado país se encuentra o se encuentran las sedes de donde se hacen las tareas políticas de un Estado, ya sea administrando sus recursos y legislando y fiscalizando, con el propósito de mantener un estatus político sostenible para garantizar la paz que se traduce en la tranquilidad de los habitantes que es básico para la existencia de un equilibrio adecuado que conservará sobre todo la seguridad jurídica. En el caso peruano la actividad política no solamente son ejercidas por las autoridades que ejercen funciones ejecutivas y legislativas, sino también por el Tribunal Constitucional, que ejerce el control político-jurisdiccional con el objetivo de que las leyes dictadas por ambas funciones acotadas, bajo cualquier circunstancia, estén acordes con las disposiciones constitucionales vigentes, material o formalmente, es decir, evita con sus sentencias las arbitrariedades que se incurran en el afán de legislar sobre cualquier materia, poniendo en un nivel de constitucionalidad las normas para también establecer el camino de la predictibilidad y la seguridad jurídica. Económicamente, las

⁵⁴ Salvat Editores, Op. Cit., p. 119.

ciudades fueron inicialmente el seno de la actividad industrial, que tuvo necesariamente como fuente la creación de las máquinas destinadas a la producción de bienes y servicios, situación que impulsó inevitablemente la aparición del comercio y del capital, y por ende de los mercados. Y socialmente ocurrió la migración de la población de las zonas rurales hacia las ciudades que pasaron a formar parte de la clase trabajadora a favor de los dueños de las industrias, lo que ocasionó el crecimiento demográfico y la distribución de inmuebles para la construcción de las viviendas, de los establecimientos comerciales, de las fábricas y otros. De esta forma, la formación de las ciudades dio lugar a la aparición del derecho de propiedad predial urbano, cuyo valor, naturalmente, es superlativo, si se compara el valor de las propiedades de las fincas rurales. La importancia radica también porque este fenómeno ha permitido la construcción de grandes edificios donde se realizan las actividades comerciales más importantes que influyen a nivel macroeconómico. Es más, históricamente ha quedado demostrado que la hegemonía económica es dominado desde una ciudad y más no así desde un país necesariamente, como en la actualidad la hegemonía es ejercida por Nueva York.

North, citado Por Baldo Kresalja y Cesar Ochoa⁵⁵, sostiene que, para evitar equívocos, que el mercado, tal como es entendido en nuestros días, es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la humanidad. Para que exista propiamente un sistema de precios de mercado se requiere de la existencia de derechos de propiedad bien definidos y exclusivos y de instrumentos claros para su cumplimiento, y ha de existir además un mecanismo que garantice y controle el intercambio de bienes.

En rigor de verdades, en estos momentos la propiedad privada es prácticamente la única forma de dominio; a ella se le da plena justificación práctica. Así se exponen entre otras las siguientes razones para su supervivencia: a) es un derecho justo y legítimo, b) es la condición de la independencia y de la libertad del hombre, c) es la condición del mejor rendimiento económico, d) es la prenda de la paz social.⁵⁶

La primera mitad del siglo XIX trae, con la revolución de las concepciones y estructuras sociales y la crisis del antiguo régimen, la liquidación del ordenamiento tradicional de la propiedad; con la revolución de la máquina y de la técnica, un cambio

⁵⁵ KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Op cit., p. 76.

⁵⁶ RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., pp. 40 y 41.

esencial en las condiciones de la Economía⁵⁷. Ambos fenómenos se compenetran: cuando declina la nobleza como clase dominante, y una incipiente burguesía especuladora y comerciante, pero dotada también de cierto espíritu de empresa, trata de aprovechar las nuevas conquistas de la técnica para elevar y mejorar la producción de bienes y servicios, y, en último término, para crear más riqueza, el antiguo sistema se muestra incapaz de proporcionarle los capitales, el crédito y la seguridad que precisa un tráfico infinitamente intenso y variado⁵⁸

Al Perú la propiedad privada como institución llegó principalmente bajo la influencia del derecho occidental. La propiedad privada en el Perú se entiende básicamente conforme se concibe históricamente en la actualidad al igual que todas las potencias consideran que constituye un elemento preponderante para el desarrollo de los mercados, y por ende para el desarrollo económico y social de los países. Empero, revisado muchas normas jurídicas peruanas la protección a la propiedad privada aún es insuficiente. En opinión personal del investigador en la medida en que la protección del derecho de propiedad sea la más eficiente habrá más flujo de intercambios comerciales, por consiguiente habrá también mejora de los mercados, situación que sus frutos se percibirán en el desarrollo económico y social del país. No obstante lo señalado, es conveniente también exponer sobre cómo históricamente ha venido evolucionando el derecho de propiedad en el Perú.

En la época prehispánica, la reciprocidad comunal no fue sino el trabajo colectivo y la distribución igualitaria del producto que caracterizaron a las relaciones económicas de los grupos primitivos como el ayllu. Con la aparición del Estado Inca, la reciprocidad comunal, si bien subsistió, no definió las relaciones esenciales de la

⁵⁷ Factores de tal cambio, por cierto en interacción unos con otros, fueron la puesta en cultivo de nuevas tierras, en parte de la desamortización y la desvinculación; el auge experimentado por la riqueza urbana (mejora de calles y viviendas; aumento de amplitud, lujo y comodidades en éstas) debido en parte a las planificaciones urbanísticas; la iniciación de los primeros ferrocarriles, acuerdo con nuevas técnicas; el progreso de la nueva industria, y en particular la de tejidos, con la aplicación de la máquina a vapor y la importación de telares de Inglaterra, así como de la minería y la metalurgia, con la puesta en el valor de minas más pobres, merced al uso de los convertidores y la instalación de altos hornos, etc. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, Segunda Edición, José María Bosch Editor. S.A, Barcelona 1984, p. 39.

⁵⁸ SANCHO REBULLIDA, Francisco, op. Citada, p. 39.

economía⁵⁹. María Rostoworoski nos dice que gran parte de la redistribución era consumida por el sistema de la reciprocidad, por el cual el Estado se veía obligado constantemente a renovar grandes “donativos” a los diversos señores étnicos, a los jefes militares, a las huacas, etc., y que para cumplir con estas tareas se creó un gran número de depósitos estatales porque el Estado tenía que disponer de cuantiosos bienes acumulados, ya que estos representaban el poder⁶⁰.

PEASE, Franklin citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar⁶¹, indica que la organización económica de los incas ha interesado desde el siglo XVI, pero solo desde épocas recientes se propone que se trató de una sociedad sin moneda, mercado ni comercio, aún sin tributo entendido a la manera occidental. Los cronistas destacaron desde el siglo XVI la eficiencia de su régimen económico, mencionando la abundancia de la producción agrícola y ganadera y de otros recursos naturales, destacando la complementariedad de los recursos producidos en una ecología tan dispareja que parecía estar en pie de guerra. Cada grupo humano había alcanzado una suerte de autarquía económica y se integraba finalmente en el Tahuantinsuyo, donde su gigantesca red de caminos permitía la distribución de bienes (por el Inca y los curacas). Desde los cronistas se destacó la eficacia de la administración incaica, si bien al hacerlo se silenció el prolongado desarrollo previo de los criterios económicos basados en la reciprocidad y la redistribución.

No hubo mercado, sino intercambio basado en la reciprocidad, medido en energía humana, no en bienes. Puede notarse, tanto en la documentación española colonial, como en el resultado del trabajo etnográfico actual, que existe una suerte de “contabilización” de la energía humana que se recibe y se adeuda. Por ello, no es factible estudiar la economía andina al margen del parentesco, que hace posible la reciprocidad. Los miembros de un ayllu – familia extendida – se hallaban relacionados entre sí por múltiples obligaciones y derechos, ritualmente originados y perpetuados. Como las relaciones de este tipo

⁵⁹PEASE, Franklin, *Breve historia contemporánea del Perú*, 1995, p.14. Citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Op cit., p. 76.

⁶⁰ ROSTOWOROSKI, 1988, p. 262. Citado *Ibidem*. P. 76.

⁶¹PEASE, Franklin, *Breve historia contemporánea del Perú*, 1995, p. 15 - 17. Citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Op cit., p. 77.

abarcaban casi todos los órdenes de la vida diaria, se hizo común desde el siglo XVI hablar de una economía “comunitaria”, en la que teóricos de ayer y de hoy sostuvieron la existencia de una propiedad colectiva de la tierra, los rebaños de camélidos y otros bienes.

En realidad, lo que tenemos es una “comunidad de trabajo”, no una propiedad común. Obviamente, los autores europeos del siglo XVI, así como los especialistas modernos, basaron su explicación en la propiedad entendida a la manera europea y tan arraigada en su historia. En cambio, se aprecia que en los Andes el empleo de las cosas se relaciona con la estructura social y, obviamente, con el parentesco, regulándose la vinculación entre el Cusco y los grupos étnicos de tal forma que parece parental. Por ello, riqueza y pobreza deben explicarse estructuralmente, pues no dependían de las posibilidades individuales de acumulación, sino específicamente del acceso a la mano de obra proporcionada por las relaciones (y obligaciones) del parentesco. Pobre se dice huaccha en runasimi, y huaccha quiere decir principalmente huérfano. La orfandad explica mejor que nada la identificación de la pobreza con el aislamiento social.

Sin embargo, la tendencia generalizada se orienta a considerar al Incario como un Sistema Colectivista Socialista, donde se llega a advertir determinadas huellas de propiedad individual⁶². Así BASADRE, Jorge⁶³ se pronuncia en ese sentido. BASADRE admite un derecho privado y comercial bastante empobrecido. Parte del hecho que si bien la propiedad inmobiliaria no podía ser, al menos, mayoritariamente, objeto de venta, luego, cuando se produce una relativa “asimilación” de las tierras a los bienes muebles, haciéndose ella intercambiable, el derecho de cosas (reales), obligaciones y sucesiones, cobra relevancia.

El Incanato, como es bien conocido, llega a su fin en virtud a la conquista española. Según RAMIREZ CRUZ, Eugenio M⁶⁴ es sabido que la llegada de los españoles al continente americano se produce con el descubrimiento de América en 1492. En el Perú esta se efectúa en 1532. El desembarco de los peninsulares acarrea una profunda

⁶² RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 43.

⁶³ BASADRE, Jorge, *Historia del Derecho Peruano*, 1937, p. 151, citado por, RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 44.

⁶⁴ RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 44.

transformación – o acaso, distorsión – económica, social, política y cultural en nuestra patria. El colectivismo es sustituido por el individualismo. En cuanto a la propiedad, el ayllu es reemplazado por la propiedad privada de corte feudal. Uno de los elementos coadyuvantes a dicha penetración variopinta es el derecho que pudiéramos caracterizar como mestizo, intermedio: el Derecho Indiano.

El mismo autor, señala que este derecho indiano jugó un rol importantísimo, pues tan pronto América fue descubierta, la corona española trata de obtener los títulos que “prueben”, que legitimen sus derechos sobre las regiones del Nuevo Mundo. Esto cobra todavía más importancia en la medida que la empresa de la colonia está íntimamente vinculada a la apropiación de bienes (minerales, tierras, etc.).

Aparentemente, fue el papado el que vino a formalizar la dominación real española, vía la institución de las bulas. En efecto, se afirma que una bula expedida por el Papa Alejandro VI el 04 de mayo de 1493, “les concedió las tierras situadas al Oeste y al Sur de los Azores y del Cabo Verde, respectivamente”⁶⁵.

Aparentemente, fue el papado el que vino a formalizar la dominación real española, vía la institución de las bulas. En esa cuestionada bula se amparó la corona para otorgar las tierras a diversas personas en calidad de recompensa por los servicios prestados en el descubrimiento y la conquista. Y también y conforme a dicha bula, la corona tenía el dominio sobre las tierras americanas, De ahí que en las tierras entregadas posteriormente, se diga que la propiedad territorial “deriva su título directamente de la concesión real”⁶⁶.

En la recién conquistada América Española, una clase propietaria no trabajadora figuraba en definitiva en la política colonial. La tierra era abundante y se estableció una estrecha relación entre la creciente escasez de mano de obra y la disminución de la población indígena por causa de enfermedades, las guerras y el caos cultural producto

⁶⁵ ARCE HELBERG, Víctor, *El Derecho de Propiedad, Prescripción y Abandono*, Biblioteca de Derecho, Lima; el autor cita expresiones de FABILA, Manuel, p. 22. Citado por RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 44.

⁶⁶ ARCE HELBERG, Víctor, Op. Citada, p. 23. Citado por RAMIREZ CRUZ, Eugenio M, Op. Cit., p. 45.

de la Conquista. Por lo tanto, la mano de obra no podía permanecer libre. Fue necesario crear instituciones para controlar a la fuerza de trabajo⁶⁷.

La encomienda podría ser considerada como la primera institución de este tipo. Una tradición castellana, transferida rápidamente al nuevo mundo, cuya esencia vino a reposar en la asignación del cobro del tributo indígena a señores españoles recién designados. En vista de que el pago solo se podía hacer en especies o en productos agrícolas específicos requeridos para el abastecimiento de las ciudades y de las regiones mineras, el tributo ocasionó que el trabajo estuviese apartado de las actividades de subsistencia de los indígenas, y puesto al servicio de la economía española. La encomienda, sin embargo, permitió que la economía indígena continuara funcionando más o menos independientemente. El encomendero era un recolector de impuestos, pero no un terrateniente; por lo tanto no supervisaba los procesos de producción. Comparado con el modelo presentado en este artículo, la encomienda tiene solo una débil semejanza. Los campesinos indígenas eran obligados a dedicar parte de su tiempo de trabajo al servicio de su señor, pero más por una obligación fiscal que por necesidad económica⁶⁸.

Las estancias de la propiedad privada podían florecer solo después de asegurada la oferta de trabajo. El título de tierras sin un contingente de mano de obra indígena carecía de valor, ya que la mayoría de los españoles no tenían intención de trabajar la tierra por sí mismos. Antes de la consolidación de Toledo, el trabajo forzado rendido bajo la mita probó ser muy deficiente para la mayoría de las regiones, principalmente debido a que la población indígena se hallaba atravesando el desastre demográfico que redujo su número de quizás cuatro millones al momento de la conquista, a poco más de un millón en épocas de Toledo. Enfrentados con tales dificultades, muchos de los beneficiarios con las primeras tierras otorgadas abandonaron sus esfuerzos agrícolas. En el Valle de Chancay por ejemplo, muchos de los primeros receptores de las mercedes distribuidas en 1562, las vendieron en corto plazo. Los pocos que sobrevivieron

⁶⁷ SHANE J. HUNT, *La formación de la economía peruana, Distribución y crecimiento en la Historia del Perú y América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Banco Central de Reserva del Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2011, p. 445.

⁶⁸ SHANE J. HUNT, op. citada, p. 445.

consolidaron sus pertenencias con las de aquellos que fracasaron en formar las grandes haciendas del Valle⁶⁹.

Conforme a lo anotado en los párrafos precedentes, el Perú ha experimentado diferentes formas de aprovechamiento del derecho de propiedad. En el incanato el derecho de las tierras, aún no haya concordancia entre los diferentes tratadistas, era de carácter comunitario. Durante la época colonial el modo originario de la obtención del derecho de propiedad fue básicamente a través de la apropiación o en otros casos a través del otorgamiento de títulos otorgados por la Corona española. En esta época el derecho de propiedad sobre la tierra era importante si la producción se realizaba a través de la mano de obra prestada por los indígenas a quienes los hacendados no les retribuían con una contraprestación acorde a su fuerza de trabajo, porque de pagar de esta forma, la hacienda fracasaba, por la ineficiencia de su administración. Los salarios superaban la productividad de la hacienda, de manera que el pago estaba compuesto en el otorgamiento de un pedazo de terreno para que los indígenas pudieran producir sus propios productos para su subsistencia. En este sentido el derecho de propiedad de la tierra era eficiente en la medida en que los indígenas trabajaban sobre ella a cambio de pagos inexistentes.

b. DEFINICION DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 923 del Código Civil peruano define a la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley. Por su parte la Constitución Política del Estado, en su artículo 70 lo define de la siguiente manera “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de necesidad pública y seguridad nacional, declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación del eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

⁶⁹ KEITH 1970:34-40. También KEITH 1971: 444, MATOS MAR 1964a, 301-319, citado por SHANE J. HUNT, op. citada, pp. 447 y 448.

¿Qué quiere decir que la propiedad es inviolable? Dicho sea de paso, lo mismo decían las Constituciones de 1979 (artículo 125) y 1933 (artículo 29). Inviolable significa que nadie la puede afectar, desconocer o cuestionar. Inviolable quiere decir que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial. No puede violar la propiedad un particular y tampoco el Estado. Este por el contrario, “la garantiza”, es decir, asegura que respetará la propiedad y que la hará respetar⁷⁰.

La “inviolabilidad” de la propiedad en el Texto Constitucional está más referida a que el Estado no puede privar de ella a los particulares, salvo que sea a través de la expropiación. Esto es así en la doctrina, y se infiere también del hecho de que a continuación de la inviolabilidad está consignada, casi de inmediato, la expropiación. En la Constitución de 1979 esto era más notorio porque la expropiación venía inmediatamente después de la declaración de inviolabilidad. En la Constitución actual se ha intercalado el tema del ejercicio y sus límites. Pero inmediatamente después viene la regulación de la expropiación⁷¹.

La propiedad es un derecho individual por razones dogmáticas y constitucionales, y no un derecho social o de prestación. Ello se debe a que el Estado no tiene la obligación directa a atribuir riqueza material a sus ciudadanos y tampoco cabe exigirlo jurídicamente ante los tribunales. Aquí debe distinguirse dos conceptos: uno, la propiedad como derecho; y otro la propiedad como garantía institucional. La primera es un derecho individual, exigible frente al Estado o particulares; la segunda es un deber de aprobación de normas y políticas públicas con el fin de disminuir la pobreza⁷².

Por otro lado, de la definición hecha por la Constitución Política del Estado, se desprende que el Constituyente lo redactó al tono como el mundo iba avanzando en materia económica y jurídica producto del desarrollo de los mercados. Pues bien, se sabe que si mientras los derechos de propiedad se encuentran debidamente definidos y

⁷⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *De la propiedad, en la Constitución comentada, análisis artículo por artículo, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 942.

⁷¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *Op. citada*, p. 943.

⁷² GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *La propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con proyección social, en el Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 41.

dentro de la formalidad los mercados resultan ser más eficientes, es decir, la comercialización de bienes y servicios ocurren con mayor frecuencia produciendo naturalmente una creciente circulación de la riqueza. A mayor circulación de la riqueza mayor bienestar. No se puede perder de vista cuando la norma Constitucional predica la inviolabilidad del derecho de propiedad y la garantía que el Estado debe brindarle. Inviolabilidad y garantía son dos verbos que están asociados al concepto de seguridad jurídica⁷³ y a la de oponibilidad⁷⁴ del derecho de propiedad frente a terceros. De esta forma, la fórmula Constitucional ha sentado las bases para que el Estado pueda

⁷³ La respuesta al problema de la inestabilidad jurídica va a ser, de acuerdo con nuestro trabajo, la búsqueda de seguridad jurídica, pero ¿de qué seguridad jurídica estamos hablando?. La auténtica seguridad que el Derecho quiere alcanzar requiere la garantía de ciertas exigencias de libertad o de igualdad, por ello, la seguridad jurídica alude a un concepto valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades. En suma, existe seguridad jurídica donde se da una rigurosa delimitación de las esferas jurídicas y, sobre todo, en el ámbito del Derecho Público, como sólido pilar de los derechos subjetivos privados, aquélla no puede dejar de apoyarse en un principio que confiera estabilidad a las esferas así delimitadas, sustrayendo la actividad de los ciudadanos de las áreas de lo contingente y arbitrario, ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato Ley*, Gaceta Jurídica, Lima 1997, pp. 252 y 253. a) Seguridad jurídica significa, ante todo, asequibilidad, conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de tal manera que se puede predecir o pronosticar, con algún fundamento, los resultados o las consecuencias que de la situación puedan derivar. En este sentido, la seguridad jurídica se encuentra estrechamente emparentada con la idea de legalidad, aunque no se corresponda exactamente con ella. Toda lucha por la formulación legal del Derecho responde de algún modo a la idea de seguridad y certidumbre del Derecho. Sin embargo, no puede negarse que los sistemas jurídicos que se han apartado de una formulación legal del derecho, o aquellos en que ésta no sea la regla general, desconozcan absolutamente la seguridad jurídica, siempre que las bases o las posibilidades de la predicción o del pronóstico queden establecidas por la vía del respeto de los precedentes judiciales. b) El principio de seguridad jurídica comporta asimismo la seguridad de los derechos subjetivos pertenecientes a los particulares. Es de justicia que se respete la titularidad dominical o la titularidad de cualquier otro derecho perteneciente a una persona. Se ha hablado siempre de un respeto a los derechos adquiridos, lo que significa certidumbre a cerca del fenómeno adquisitivo, sin mutaciones retroactivas del mismo, y certidumbre también de los fenómenos que pueden determinar la pérdida o extinción de los derechos, puesto que el respeto de las titularidades no tiene que ser necesariamente absoluto. La seguridad de los derechos subjetivos reclama que cuando estos se sacrifican en interés público y se transfieren al Estado o a las Administraciones Públicas, el titular cuyo derecho se sacrifica, reciba la correspondiente indemnización (cfr. art. 33 Const. Española). c) La idea de seguridad jurídica cobra un matiz diverso cuando se habla de “seguridad de tráfico jurídico”. Aquí lo que quiere decirse es que en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro. Se trata de un principio o de un tópico, que explica alguna de las soluciones que adopta el Derecho Positivo, aunque sea imposible otorgarle un alcance absoluto o aplicar las soluciones inspiradas en él sobre la base de un argumento de analogía. No obstante, la seguridad del tráfico y la protección de la confianza ocupan un lugar relevante en el orden público económico y en el desarrollo del Derecho Patrimonial. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción a la Teoría del Contrato*, Tomo I, 5ta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 53 y 54.

⁷⁴ Una situación jurídica es oponible erga omnes, siempre y cuando sea exteriorizada, mas no si constituye derecho real o no. En otras palabras, “tomando en cuenta la predictibilidad exigida por el sistema, (la oponibilidad erga omnes) no debe ser producto de la etiqueta de derecho real, sino de la existencia de signos externos de reconocibilidad, normativamente determinados, que permitan al sujeto diligente reconocer objetivamente la existencia de la relación jurídica” (Bullard 1990, p. 277). Citado por VASQUEZ VARAS, Carol Patricia, *La oponibilidad erga omnes y el derecho de propiedad inmueble, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 161, febrero 2012, año 17, Gaceta Jurídica, Lima 2012, p. 255.*

promover jurídica y funcionalmente a través de políticas de Estado la implementación de mecanismos que den certidumbre a las transacciones que los privados realicen en los diferentes mercados. Particularmente en el mercado inmobiliario la certidumbre es otorgada por el registro jurídico.

El Tribunal Constitucional ha tratado en su jurisprudencia el tema de la propiedad. Una primera cita es la siguiente:

- 4 (...) este Colegiado considera pertinente puntualizar, en prospectiva de futuras demandas constitucionales referidas al derecho de propiedad, que lo que constitucionalmente resulta amparable de dicho atributo fundamental son esencialmente, y como se puso de relieve en la Sentencia recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC (Fundamento N° 26), los elementos que la integran en su rol tanto de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, como de derecho individual de libre autodeterminación. En su dimensión primera se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental. En su dimensión segunda, que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición. Por otra parte, debido a la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. La magistratura constitucional, en todo caso, deberá construir los perfiles correspondientes a un contenido esencial del derecho de propiedad que, de cara a lo postulado por nuestro ordenamiento fundamental, pueda predicarse como común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma⁷⁵.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 25 de enero del 2005 en el Exp_3782_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por doña Yenny Yolanda Cruz Salas contra la Municipalidad Distrital de Aucallama (provincia de Huaral), citado por MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010, p. 513.

Con mayor pulcritud conceptual, el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente en otra sentencia:

11. La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2º, incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no solo a partir del artículo 2º, incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70º de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva de valoración. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser

realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional⁷⁶.

El primer párrafo contiene la enumeración de los cuatro poderes del propietario de manera correcta. El párrafo es sólido y contundente estos poderes son todos del propietario, como derecho fundamental constitucionalmente establecido⁷⁷.

El segundo párrafo introduce el concepto de derecho no absoluto para la propiedad, que el Tribunal considera aplicable a todos los derechos fundamentales. Con ello, nos recuerda dos límites que el ejercicio de la propiedad debe respetar en el plano constitucional, según el texto del artículo 70 de la Carta:

- a. Las limitaciones que establezca la ley, siempre que sean razonables, y proporcionales, lo que será evaluado constitucionalmente, de ser el caso; y,
- b. El servicio al bien común con el ejercicio del derecho de propiedad, porque ella se encuentra sujeta a aquel. El bien común ha sido tratado por nuestra jurisprudencia constitucional y tiene, a nuestro entender, dos dimensiones la primera es de justicia social, tema al que el Tribunal se refiere citando la Encíclica *Mater et Magistra*; la segunda dimensión es la del uso de los bienes de acuerdo a su finalidad económica⁷⁸.

El aspecto relacionado al bien común dispuesto por el artículo 70 de la Constitución no debería entenderse como algo que efectivamente limita o restringe el ejercicio del derecho de propiedad cual expresión de la libertad humana. Se debería entender entonces que el ejercicio del derecho de propiedad es la expresión de la libertad de autorregulación de intereses en todas sus formas. La expresión utilizada de bien común por la Constitución hace extensiva a la facultad de disposición del que ostenta un

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 2 de diciembre del 2005 en el Exp_0030_2004_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Don Adolfo Urbina Nizama y Pedro Carrasco Narváez, en representación de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, citado por MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, op. Citada, p. 515.

⁷⁷ MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, op. Citada, p. 516.

⁷⁸ MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, op. Citada, p. 516.

derecho de propiedad porque la cosa o el bien sobre el que recae el derecho de propiedad debe ser generadora de riqueza, si bien sea de carácter individual produce en alguna medida el bienestar de la colectividad al entrar dentro del mercado como un bien comercializable. Es más si el Estado entra de manera invasiva unilateralmente sobre una propiedad, es únicamente de la forma autorizada por la Constitución, es decir, de manera extremadamente excepcional, esto es, por causa de seguridad nacional y necesidad pública. Siendo así, la protección al derecho de propiedad es irrestricto en todas sus formas, salvo si proviene como consecuencia de una acción ilícita en perjuicio de otro, en este caso sí se encuentra proscrito completamente, porque disminuye la integridad patrimonial correspondiente a otro derecho subjetivo.

Sin salir de la línea el Tribunal Constitucional en otra sentencia⁷⁹ señala lo siguiente:

7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.
8. Entonces cabe enfatizar que las restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad deben: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.

De acuerdo a la Constitución Española sobre la propiedad privada Luis Diez Picazzo⁸⁰ sostiene lo siguiente: ¿De qué manera la idea de contenido esencial de la propiedad, que he intentado atisbar, funciona respecto a la acción legislativa? Las

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05614-2007-PA/TC. Publicada el 23.12.10, citada por TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo I, Séptima Edición, IDEMSA, Lima 2011, p. 894.

⁸⁰ DIEZ – PICAZO, Luis, Op. citada, p. 55.

soluciones son en este punto dos. Según la primera, el contenido esencial del derecho se erige en límite infranqueable de la acción legislativa respecto de todos los casos y categorías de bienes de manera que las leyes que los sobrepasan son sin más inconstitucionales. Sería este un concepto absolutista del contenido esencial. La segunda línea posible es la de la relativización. V. Montes; en la obra antes citada lo define así: “El contenido esencial es el límite de la intervención legislativa, que sólo puede ser sobrepasado actuando mediante indemnización (expropiación)”. Este, escuetamente, es el dilema: el límite del contenido esencial ¿desemboca en inconstitucionalidad o desemboca en la puesta en marcha de la cobertura de la garantía expropiatoria? Me siento inclinado por seguir una vía media, distinguiendo, como he hecho antes, entre la garantía esencial del instituto de la propiedad y la garantía de un contenido esencial en las diferentes categorías de bienes (o estatutos de propiedad, si se prefiere llamarlos así), cuando estos han sido establecidos de un modo constitucionalmente legítimo. Para la institución de la propiedad privada, entendida genéricamente, me inclino a la solución absoluta y tengo una propiedad con privación que ratificar lo que antes ya he dicho. No se puede configurar del *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*. No se le puede convertir a la propiedad en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa. El contenido esencial implica también la imposibilidad de configuración de determinadas categorías de bienes. Por ejemplo, propiedad pública de todos los bienes de producción o reducción de la propiedad privada a la llamada propiedad personal. Para esta línea que contempla la propiedad priva en su conjunto como institución, el contenido esencial se erige en límite infranqueable de la acción legislativa, de suerte que cuando se sobrepase, determina inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, si la configuración legislativa de la categoría de bienes es constitucionalmente legítima, el sacrificio de lo que respecto de la institución en su conjunto es contenido esencial, entraña, tratándose de propiedades preexistentes, expropiación y requiere, por ello, la correspondiente indemnización.

Como se ha señalado líneas arriba, el Código civil peruano define al derecho de propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

El Doctor Avendaño ilustra al respecto de la siguiente manera:

Usar es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con él de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella.

Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

Disponer es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de la titularidad o pertenencia.

La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cual recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuales, en conjunto, configuran un *derecho pleno y absoluto*. Ningún otro derecho real confiere a su titular estos derechos⁸¹.

El derecho de propiedad se percibe no a través de un concepto unívoco que dure por mucho tiempo, puesto que responde a un orden jurídico, cultural, político, económico y social acorde a un tiempo y espacio determinado, por lo tanto, una conceptualización del derecho de propiedad no puede trascender en el tiempo. No obstante ello siempre será el centro o el núcleo en base al cual se construya toda la estructura del Derecho civil patrimonial⁸². Este aspecto si trasciende en el tiempo,

⁸¹ VIDAL RAMOS, Roger, *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima 2011, p. 114.

⁸² Se trata del instituto jurídico *ius real* principalísimo o centro medular del derecho privado patrimonial, de extraordinaria influencia en la vida del hombre de todos los tiempos y espacios, porque

porque el derecho de propiedad ha tenido y tendrá capital importancia teniendo en cuenta diferentes factores, políticos, económicos, culturales, sociales y jurídicos. Pues clásicamente el derecho de propiedad tenía importancia desde el punto de vista estático. Hoy gracias al avance de la tecnología, la ciencia y la cultura, el derecho de propiedad es hiperdinámico, porque su existencia supone una multiplicidad de transferencias en los diferentes mercados existentes en el mundo. En los mercados se transfieren derechos de propiedad. Tampoco hoy es tan importante el bien sobre el que recae el derecho de propiedad, sino su representación en un título de propiedad que genere certidumbre para colocar en el mercado correspondiente. Por ejemplo, si se trata de bien inmueble, en el mercado inmobiliario si se quiere enajenar y en el mercado financiero si el propósito no es transferir sino financiar un proyecto empresarial o comercial. Asimismo el derecho de propiedad no es exclusivo como para ser entendido desde un punto de vista unitario. Ahora existen diferentes derechos de propiedad, como por ejemplo: propiedad predial, propiedad agraria, propiedad intelectual, propiedad industrial, etc. Es más ya no existen solamente derechos de propiedad perpetuos, también existen derechos de propiedad temporales, como es el caso del régimen de la multipropiedad o de la propiedad intelectual cuya explotación está limitada dentro de una cantidad determinada de años, porque vencido el plazo el derecho se convierte en derecho de dominio público.

El derecho de propiedad siempre estará presente en cualquier operación de transferencia de bienes, porque si se transmite con la intención de enajenar un bien, lo que se está haciendo es transferir el derecho de propiedad que tenía el transferente sobre el bien, de forma que el comprador o adquirente se convierte en el nuevo propietario, y este del mismo modo puede hacer la misma operación de acuerdo a su facultad de disposición a favor de otro adquirente. Y así sucesivamente, se va generando una cadena de transmisiones sobre el bien que se encuentra debidamente identificado. Es más fácil que la cadena de transmisiones se haga sin que se presenten ciertas situaciones que obstaculicen eventualmente la transferibilidad del derecho de propiedad. La solución está en la información que sea accesible a todos sobre el bien materia de transferencia.

irradia luz de vida, cual astro central, a todo el sistema jurídico normativo patrimonial donde gravitan los demás derechos reales; no es raro, entonces, que la propiedad, en su mayor acepción, sea identificada con la humanidad misma y, en su básico entendimiento, como la viga maestra que soporta el edificio jurídico patrimonial. GONZALES LINARES, Nerio. Op. Cit. p. 264.

Así, la propiedad privada es el instituto jurídico que está muy en boga en la actualidad, considerado como el pilar del desarrollo económico, porque exige establecer reglas de juego destinados a darle seguridad jurídica y al flujo de la circulación de la riqueza. Le da seguridad al propietario para explotar de la manera que más le convenga, pues aquél creará los mecanismos más eficientes para producir sus propios incentivos; y el adquirente que se convertirá en propietario, estará en un plano de seguridad, puesto que su compra no será ineficaz jurídicamente.

La regla es que la propiedad privada o individual es inviolable y la excepción es únicamente la expropiación siempre que se cumpla con los requisitos, inexorablemente: Necesidad pública o seguridad nacional. Otras formas de acciones invasivas al derecho de propiedad individual es privar de un derecho importantísimo que constituye el núcleo básico del Derecho civil patrimonial.

La necesidad pública deberá ser declarada para brindar servicios públicos que favorezcan efectivamente a la colectividad, estamos hablando, a todos los peruanos o a todas las personas que se encuentren por cualquier razón en el territorio peruano, es decir, la necesidad pública opera únicamente cuando hay urgencia para resolver un problema que interesa a todos, con la exclusión del beneficio solamente de un grupo de personas que están vinculadas por un interés común que no es de todos. En consecuencia, la restricción declarada al margen de la necesidad pública, sería bajo la inobservancia del principio de legalidad consagrado por la Constitución Política del Estado y por lo tanto inconstitucional. La misma suerte debería correr en el extremo de la expropiación por seguridad Nacional.

El origen de la propiedad privada tiene capital importancia, porque es una institución eje para el desarrollo económico y social de la humanidad, dado que, en función a esta institución cada propietario ejerce todos los atributos del derecho de propiedad para producir sus propios beneficios y a favor de los que colaboran con la fuerza de su trabajo. Antes de que existiera la propiedad privada la titularidad de las cosas útiles fueron de todos, de modo que sus beneficios favorecían a todos los integrantes de una comunidad aunque algunos de los cuales no cooperaban en la generación de los beneficios. También ha quedado evidenciado que las grandes necesidades que hoy en día se padecen en ciertos países o naciones es precisamente por

la falta de definición de la propiedad privada, si desde antes dichos estados hubieran previsto la solución se hubiera evitado colosales pérdidas de los bienes escasos existentes en dicha época. En la actualidad habría solución para las necesidades que de igual modo son colosales, que están presentes de manera evidente en la mayoría de los países pobres, no obstante que en la antigüedad fueron los que más recursos naturales tenían; pues, dichos recursos fueron escaseando en la medida que iban pasando los años sin alcanzar a tener el mecanismo legal que pudiera frenar el aprovechamiento desenfrenado de todos los habitantes en utilizar sin ningún control los recursos naturales que por cierto son escasos. Lo que se busca con el reconocimiento de la propiedad privada, de manera preponderante en nuestra o en cualquier legislación, es la optimización del aprovechamiento de los recursos escasos con la finalidad de que sean transformados, de manera que habrá recursos para la subsistencia de la humanidad.

Es importante poner énfasis en la definición del derecho de propiedad sobre la cosa que ejerce el titular. En el Perú la propiedad privada no se encuentra enteramente definida, por lo tanto, la propiedad civil dispuesta legislativamente es incompleta, situación que conlleva a que las transacciones económicas que se hacen sobre los bienes puestos en el mercado no revisten de la seguridad jurídica que hace que las transferencias se hagan de manera clandestina. La definición de la propiedad privada está íntimamente vinculada con la información respecto de los bienes materia de transferencia, pues si la información es incompleta el mercado es imperfecto, si el mercado es imperfecto las operaciones comerciales son informales.

La pretensión es que una transacción comercial que implica que la traslación de dominio de un determinado bien, se haga necesariamente en base a una información formal ofrecida o administrada por una institución pública o incluso privada. La información deberá contener todas las características del bien. Cuando se tratara de una propiedad predial, deberá informar, además, quién o quiénes son los titulares, cómo se adquirió el bien, quién es el transferente, la identificación del bien no solamente en función a sus medidas de área, colindancias y medidas perimétricas, sino fundamentalmente con una nomenclatura y/o código que sea irrepetible acompañado con un soporte gráfico que defina su perímetro y su posicionamiento en el globo terráqueo.

Actualmente la tecnología ha mostrado avances muy útiles y eficaces que constituyen elementos preponderantes que sirven para identificar y definir gráficamente los bienes de propiedad predial. Se trata de equipos de campo de alta precisión y de gabinete que permiten hacer inventarios de bienes inmuebles gráficamente, estableciendo de manera precisa su identificación con las características antes señaladas.

La tecnología es un instrumento importante para el avance de la humanidad, porque ayuda resolver las dificultades que aquejan a las diferentes disciplinas del saber. Por ello, el Derecho no es ajeno a los avances tecnológicos. Toma partido del avance tecnológico que más conviene a fin de darle funcionalidad a las instituciones jurídicas y al mismo tiempo otorgar seguridad jurídica en el campo privado a las transacciones jurídicas. La tecnología está puesta a consideración de la humanidad, de los países, de las corporaciones, de las personas humanas, etc., la cuestión es utilizarla. La tecnología para que funcione tendrá que contar con la infraestructura adecuada. Los estados no tienen que pensar o mostrar su pesimismo expresando que instalar una tecnología al servicio de un servicio sea costoso. La tecnología es una inversión, porque en el futuro se cosechan sus frutos con la bonanza económica. Nótese que las transacciones que se desarrollan vienen a ser la expresión más palpable del desarrollo económico. Habrá más desarrollo si el intercambio económico se hace sobre la base de la información formal y cognoscible por todos.

4.2 SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

a. SISTEMAS CLASICOS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD.-

Los sistemas clásicos de transferencia del derecho de propiedad se clasifican en:

1. Sistema del derecho romano
2. Sistema del derecho francés
3. Sistema del derecho alemán

a.1 Sistema del derecho romano.-

Según Aníbal TORRES VASQUEZ⁸³, el sistema del derecho romano tiene las siguientes características:

En el derecho romano la transmisión de la propiedad no operaba por el sólo consentimiento. Traditionibus et uscapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferretu. El contrato era una fuente de obligaciones.

Los actos eminentemente formales para la transmisión de la propiedad fueron: La mancipatio, la in iure cesio y la traditio⁸⁴. Estos eran modos de transmisión patrimonial, no tenían efectos obligatorios.

La mancipatio fue un acto ritual que se realizaba en presencia de cinco testigos (ciudadanos romanos y púberes), del libripens que era una persona que sostenía una balanza y actuaba de pesador, y el adquirente (mancipio accipiens), quien portaba en la mano un trozo de cobre (raudus culum). Este afirmaba que quien portaba en la mano un trozo de cobre y entregaba este como precio. La mancipatio fue abolida por Justiniano.

La in iure cesio fue establecida por la XII tablas. Tomaban parte en ella solamente los civis romani. Se aplicó a la constitución o extinción de derechos de señorío sobre personas o cosas Mancipi.

La traditio (tradición, entrega) fue el modo de adquisición de un bien en posesión, uso o propiedad; además de ser el mecanismo de perfeccionamiento de los contratos reales como el depósito, comodato y constitución de prenda. Respondía a la necesidad de dar publicidad a la transferencia del derecho.

⁸³ TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo I, Séptima Edición, IDEMSA, Lima 2011, P. 949 y ss.

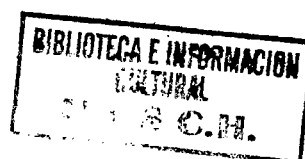
⁸⁴ El ilustre y recordado Maestro Max Arias-Shereiber Pezet, nos menciona que en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) la mancipatio y (ii) la in iure cesio para la res Mancipi y la (iii) traditio para la res nec Mancipi. Según Cayo, eran res Mancipi las cosas más preciosas: “los fundos y otros”. Eran la res nec Mancipi, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la mancipatio, que se empleaba para la enajenación de la res Mancipi, VIDAL RAMOS, Roger, *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima 2011, p. 123.

La voluntad de las partes perfeccionaba el contrato, pero éste no creaba el derecho real de propiedad u otro derecho real, para ello se requería de la traditio tanto para los muebles como para los inmuebles; el adquirente debía recorrer todos los linderos del fundo para adquirir la propiedad. La transferencia de la propiedad estaba acompañada de la transmisión de la posesión. Siendo la propiedad un derecho erga omnes, debía ser conocida por los miembros de la sociedad; ese conocimiento se adquiría por la posesión. De ahí el principio que establece que al poseedor se le presume propietario. El contrato era fuente de obligaciones, pero era incapaz de extinguirlas y menos podía tener efectos reales como es la transferencia de la propiedad, la cual se producía con la traditio.

El contractus fue un acto bilateral constitutivo de obligaciones; en cambio, la mancipatio, la in iure cesio y la traditio, también actos bilaterales, no eran contractus porque no creaban obligaciones, sino eran modos de transmisión patrimonial. El contractus es la causa de la atribución patrimonial, y la mancipatio, la in iure cesio y la traditio son los modus acquirendi.

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa⁸⁵.

⁸⁵CUENA CASAS, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de derechos reales*, Bosch, Barcelona 1996, pp. 42 y 43, citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy, *El contrato y los efectos reales, en Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año XIII, n° 25, p. 46, finalmente citados por VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, p. 124.



Tenemos entonces que aunados a la formalidad para la validez del contrato, los elementos esenciales de este eran el consentimiento, la cosa y el precio (elementos que también son considerados esenciales actualmente). Lo expuesto en líneas anteriores determinó que en su origen la compraventa solo generará una obligación de transferir, pero en ningún caso determinaba la transferencia. Para que un comprador llegara a ser dueño necesitaba inevitablemente que se ejecutasen dos actos. El primero consistía en el contrato y el segundo en el acto material de la transferencia de la propiedad y en términos generales, la entrega de la cosa vendida. Solo después de este último acto se convertía en propietario de lo adquirido y antes de ello solo era acreedor de una obligación de una prestación de dar⁸⁶.

a.2 El sistema del derecho francés.-

Como hemos visto, los orígenes de la figura de la compraventa obedecían a los cánones formalistas de los juristas romanos, sin embargo, la evolución del pensamiento jurídico fue moldeando dicha figura y con la llegada de la codificación los juristas que redactaron el Código Civil francés de 1804 introdujeron notables modificaciones al concepto tradicional que se tenía de este contrato, ya que a partir de su vigencia se conceptualizó la compraventa⁸⁷ como un acto traslativo de propiedad⁸⁸

La tradición del Derecho romano pasó al antiguo Derecho francés, en el que se acentuó su espiritualización por el empleo de fórmulas concebidas para suplirla en la práctica. “Así reputábase hecha por el vendedor la entrega de los inmuebles cuando

⁸⁶ OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, *La compraventa y la distinción entre contratos con efectos reales y con efectos obligatorios*, en *Diálogo con la jurisprudencia N° 138 marzo 2010 año 15*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 118.

⁸⁷ En efecto, el contrato de compraventa, sus elementos y efectos constituyen temas que comprenden muchas aristas y son una constante invitación para su análisis. Por ello consideramos que por una figura a la que recurrimos en todo instante, debemos conocer, analizar e interpretar el contenido de la norma que la regula, porque definitivamente la realidad de las cosas no siempre encuentra su fiel reflejo en la legislación. “Todo se compra y todo se vende”, reza una máxima del comercio, quizás eso no es del todo cierto pero es una aproximación bastante cercana al concepto que queremos expresar. Tal vez, como señalaban Planiol y Ripert, si bien no todo el mundo vende, puede decirse que todo el mundo compra, lo cual parece incluso más cercano a lo absoluto, en cuanto a materia de opciones comerciales de oferta y demanda. La compraventa no está solo en el campo mercantil, sino que está presente en el campo civil, siempre y en diversas escalas. Desde el libro que compramos en la librería, hasta operaciones de nivel complejo. Es decir, que el contrato que más se utiliza por todo tipo de personas de toda edad y en todo momento es el de compraventa. OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, pp. 115 y 116.

⁸⁸ OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 118.

dejaba libre la posesión al comprador, o si, existiendo título, se los entregaba, y siendo lugar cerrado, casa, parque, jardín, ponía en sus manos las llaves, o si le hacía pasear en el fundo o solo se lo indicaba a la distancia; o admitía que lo poseyese; o si, reconociendo el vendedor que seguía en posesión de la cosa, era sólo precariamente, es decir, como posee el que tiene la cosa de otro con la condición de devolverla a su dueño cuando este lo quiera⁸⁹.

Para el Derecho Civil francés, la obligación es perfecta y se ejecuta, nace y muere, en el mismo momento en que las partes contratantes prestan su consentimiento. La transmisión de la propiedad se produce *solus consensus* inmediatamente que se presta el consentimiento en la forma requerida por ley. La transmisión inmediata de la propiedad del patrimonio del enajenante al patrimonio del adquirente tiene como consecuencia la transferencia de los riesgos de la cosa; el adquirente soporta la pérdida fortuita de la cosa⁹⁰.

Así es el CODE FRANCES de 1804, como consecuencia del liberalismo económico y producto de la revolución francesa estallada en Francia, implanta la espiritualización de la transferencia del derecho de propiedad, refundiéndose en el acto de la celebración del contrato traslativo, es decir, el contrato de compraventa como fuente de derechos y obligaciones es a la vez transmisivo del derecho de propiedad sin que posteriormente se ejecute otro acto físico o formal de entrega, de forma que el riesgo⁹¹ sobre el bien se transmite al adquirente en el momento preciso en que se

⁸⁹ DE GAPERI, Luis, p. 460. Citado en TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 954.

⁹⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 956.

⁹¹ El artículo 1138 del Código Civil peruano de 1984 contiene las reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de la pérdida de la contraprestación, ante la imposibilidad de ejecución de la prestación o su deterioro. Conviene reiterar que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que del resto de normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de las mismas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

Artículo 1138.- *"En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:*

1.- Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2.- Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere,

y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación, si la hubiere.

4.- Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

...Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual éste tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Solución lógica y justa, sin duda.

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

(a) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor;

(b) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor; o,

(c) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

En el primer caso, si el bien se perdiese, el deudor nada recibiría, puesto que el acreedor ya no estaría obligado a la ejecución de la contraprestación.

En el segundo caso, el acreedor, a pesar de no recibir nada, estaría obligado al pago del íntegro de su contraprestación.

En el tercer caso, el acreedor, si bien no tendrá que pagar íntegro de su contraprestación, sí debería sufragar la mitad de la misma o de su valor. En este sentido se entendería que ambas partes asumirían el riesgo de la pérdida.

Reconociendo que ninguno de los principios constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código Civil peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos, vale decir, por aquel que sostiene que en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufra el deudor.

La regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138, en tanto se funda en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es meramente dispositiva, lo que implica que puede ser excluida por los contratantes si así lo prefieren. En ejercicio de su autonomía privada, ellos podrían colocar el riesgo con cargo al acreedor, decidiendo que este se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya, o, incluso, compartiendo los riesgos entre acreedor y deudor.

Siguiendo con nuestro análisis del inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, vamos a utilizar dos ejemplos para ilustrar el principio en él contenido:

(a) Un deudor debe a su acreedor un automóvil, por el cual éste último le va a pagar la cantidad de 16,000 nuevos soles. Si antes de la entrega el bien se pierde por un acto en el cual no hubiese mediado culpa alguna de los contratantes (por ejemplo, un atentado terrorista), el deudor sufrirá la pérdida del bien, entendiéndose que su obligación queda resuelta y que el acreedor nada le va a pagar.

Pero aquí queremos plantear un tema adicional; el de la transferencia de la propiedad.

En este ejemplo, por ser un bien mueble el objeto de la prestación, será el deudor quien sufra su pérdida, no en su calidad de deudor, sino como propietario del mismo (ya que en virtud del artículo 947 del Código Civil, la propiedad mueble se transfiere con la entrega del bien), y además, sufrirá la pérdida de la contraprestación, ya que el acreedor nada le pagará.

(b) Si tomando en cuenta la misma estructura del ejemplo anterior, el objeto de la prestación del deudor de bien cierto no fuera un automóvil, sino una casa, y dicha casa se destruyese (esta vez, por un terremoto), la pérdida como dueño no la soportaría el deudor, sino el acreedor, pues aunque no le ha sido todavía entregado el bien, ya sería propietario del mismo, debido a que el artículo 949 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Pero en este caso, el riesgo de la contraprestación, de acuerdo al principio contenido en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, lo asumiría el deudor, al no recibir nada a cambio por parte del acreedor.

perfecciona el contrato. Pues el Perú se adscribe a este sistema en materia de transferencia de la propiedad de bien inmueble.

Según el Código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; la tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino sólo de poner al adquirente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad, hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento⁹².

En el artículo 1138⁹³ del Code Civile está contenido el **sistema unitario del contrato** y descansa en el concepto de que la propiedad se transmite por la vía consensual, según la cual la compraventa es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere por el comprador desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio. El contrato se identificó con la traslación de dominio, sin que interesara que la cosa hubiese sido entregada ni el precio pagado. Planiol y Ripert señalan que el artículo 1138 del CC francés expresa que la tradición se reputa efectuada en el momento en que las partes hayan entendido hacerlo⁹⁴.

En este caso, el acreedor nada deberá pagar, pero el bien ya habría sido suyo al momento en que se destruyó sin culpa de las partes. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREIRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra Editores, Lima 2008, pp. 161, 162, 166 y 167.

⁹² VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, p. 125.

⁹³El artículo 1138 del Código Civil francés previene lo siguiente:

“ **Artículo 1138.-** La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último”.

Lo señalado en el artículo 1138 se complementa con lo dispuesto en el artículo 1583 del mismo cuerpo legal, en donde se dispone lo siguiente:

“**Artículo 1583.-** Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación con el vendedor, desde el momento en que existe acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado”. OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 118.

⁹⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico sobre Derecho Civil francés*, Tomo III, Cultural S.A., Habana, 1946, p. 536. Citado en: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima 1999, p. 15. En OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 118.

Si comparamos el derecho romano con el francés, éste simplificó las condiciones requeridas para la transferencia de la propiedad, pero esta simplificación se ha obtenido a expensas de la seguridad de los terceros. Tan cierto es esto que medio siglo después de la promulgación del Code, vistos los peligros del sistema, la Ley de 1855 impuso la transcripción del Conservador de Hipotecas, de los actos entre vivos, traslativos de la propiedad inmobiliaria⁹⁵. CUQ⁹⁶ dice que la legislación romana ha estado bien inspirada “al mantener el principio según el cual el simple consentimiento es insuficiente para operar la transferencia de la propiedad”. Por la mencionada Ley de 1855 no se podía oponer a terceros ningún derecho real que no esté previamente inscrito. Es decir, en el Derecho francés, el Registro no tiene carácter constitutivo, sólo sirve para oponer a terceros los actos constitutivos o traslativos de derechos reales.

El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: i) la inscripción que contendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, ii) el registro sería personal iii) los actos celebrados intervivos necesariamente deberían ser inscritos iv) la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, v) los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmuebles, vi) de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones⁹⁷.

a.3 El sistema del derecho alemán.-

El sistema adoptado por los codificadores alemanes resulta distinto ya que según el régimen germano de la separación del contrato (parágrafos 873, 925 y 929 del BGB), el consentimiento no es suficiente para la traslación de la propiedad y esta se produce desdoblada según se trate de bienes muebles e inmuebles. Para el caso de los bienes muebles, es necesario que la tradición sea física o espiritualizada, en tanto que para los inmuebles, es necesaria la inscripción del contrato en el Registro de la propiedad o en libros territoriales⁹⁸.

⁹⁵ TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 958.

⁹⁶ CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, t. II, p. 235, cit. de DE GASPERI, Luis, p. 463. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, pp. 958 y 959.

⁹⁷ VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, p. 127.

⁹⁸ OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 118.

Así el Derecho alemán no sigue el principio de la transmisión *solo consensu* de la propiedad. El Art. 929 del BGB dispone: “*Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario le entregue al adquirente y que ambos estén de acuerdo en que la propiedad debe transmitirse. Estando el adquirente en posesión de la cosa, basta el acuerdo de la transmisión de la propiedad*”⁹⁹.

Por lo que respecta a los inmuebles, el Art. 873 del BGB prescribe “*Para la transmisión de la propiedad sobre un inmueble, para el gravamen de un inmueble con un derecho, se requiere el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la introducción de la modificación jurídica y la inscripción de esta modificación en el Registro. Antes de la inscripción, los interesados están vinculados solamente por el acuerdo cuando las declaraciones han sido escrituradas judicial o notarialmente o emitidas ante la Oficina del Registro o presentadas en ésta, o cuando el titular ha otorgado a la otra parte una autorización para inscribir conforme a los precedentes del ordenamiento registral*”¹⁰⁰.

Con respecto al contrato de compraventa, el art. 925 ordena “*El acuerdo del vendedor y del comprador, necesario según el artículo 813 para la transmisión de la propiedad de un predio, deberá declararse en la Oficina del Registro en presencia simultánea de las dos partes. No producirá efecto la enajenación hecha bajo condición o a plazo*”¹⁰¹.

El derecho alemán ha establecido: a) Venta simplemente obligatoria; b) Obligación de transmitir la propiedad al comprador; c) La transmisión de la cosa mueble tiene lugar por la entrega, y en el caso de que sea inmueble, por la inscripción en el registro¹⁰²

Por su parte VIDAL RAMOS¹⁰³ sostiene que la transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases. El negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la *Ausflassung*¹⁰⁴, que es un acuerdo abstracto de transmisión entre

⁹⁹ TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 961.

¹⁰⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 961.

¹⁰¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 961.

¹⁰² TORRES VASQUEZ, Aníbal, Op. citada, p. 961.

¹⁰³ VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, p. 127.

¹⁰⁴ El término “*ausflassung*” podría traducirse como “el acuerdo abstracto de transmisión entre enajenante y adquirente, con referencia a una finca”. No hay una palabra equivalente en castellano, por ello en el ejemplar del BGB que hemos tenido a la vista, traducido del alemán al castellano por Carlos

el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “**ausflassung**” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que esté al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El “**ausflassung**” también puede ser judicial y extrajudicial, será judicial cuando al igual que la “*in iure cessio*” era un juicio simulado; el adquirente demandaba al enajenante la entrega de la cosa, este se allanaba a la demanda y el Juez resolvía a favor del accionante entregándole judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

A cerca de la interpretación del Código Civil alemán, Von Thur señala que “Desde el punto de vista formal, el Código Civil es una ley alemana, donde los términos extranjeros fueron excluidos radicalmente. También por su contenido, muchas partes se fundan en instituciones alemanas (registro de bienes raíces, comunión de bienes, contrato hereditario), pero partes esenciales se derivan del Derecho Romano, especialmente en las disposiciones generales y en las obligaciones. Sobre todo en sus conceptos y en su forma ideológica, el código tiene el sello de la jurisprudencia romana transformada por la ciencia medieval y moderna, así como ya la misma ciencia alemana se había posesionado con provecho del método romano. No se quería ni se podía interrumpir por efecto de la codificación, la continuidad con el Derecho anterior; el propósito era alcanzar la unidad jurídica, no crear un Derecho nuevo, e innovar con ocasión del código solo en cuanto las tendencias se hubiesen manifestado ya con éxito y tuviesen madurez para alcanzar la forma legal”¹⁰⁵. Así se explica la intención de los codificadores alemanes de no romper dramáticamente con el Derecho Romano, privilegiando su propio desarrollo sobre las instituciones jurídicas, lo cual dio como resultado que mantuvieran ciertos formalismos para la validez de determinados contratos, según la más antigua tradición romana¹⁰⁶.

Melon Infante (Bosch, Barcelona 1955) se ha incluido en el texto del artículo el término alemán original. En OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 119.

¹⁰⁵ VON THUR, Andreas, *Derecho Civil, Teoría del Derecho Civil alemán*, Traducción del alemán Tito Rava. Vol I, Editorial Depalma, Buenos Aires 1946, p. 52. En OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 119.

¹⁰⁶ OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, Op. Citada, p. 119.

b. SISTEMAS CONTEMPORANEOS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

En el derecho contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: *el sistema de la unidad del contrato y el sistema de la separación del contrato*. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad¹⁰⁷.

En relación a los sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad, se resumirá lo expuesto por Roger VIDAL RAMOS:¹⁰⁸

b.1 Sistema transmisivo de causa única

Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual requiere del modo que haga pública la adquisición de la propiedad, es decir, el solo consentimiento es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario.

Inspirados en este sistema ubicamos: al sistema italiano (artículo 1376 del su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su CC), el sistema portugués (artículo 408 de su CC), el sistema mexicano (artículo 2014 de su CC), el sistema venezolano (artículo 1161 de su CC).

b.2 Sistema transmisivo de doble causa

Se tienen los siguientes subsistemas:

¹⁰⁷ VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, p. 120.

¹⁰⁸ VIDAL RAMOS, Roger, op. Citada, pp. 121 y ss.

Sistema real o de tradición o sistema de la unión del título y el modo

Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 de su CC), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su CC), el sistema cubano (artículo 178 de su CC), el sistema chileno (Arts. 670 y 684 de su CC), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su CC) y el sistema peruano (artículo 947 de nuestro Código Civil válido para muebles)

Sistema registral constitutivo no convalidante

En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o inválido. Este sistema es adoptado sólo para inmuebles por el sistema brasileño (artículo 676 de su CC).

b.3 El sistema de separación del contrato

Según este sistema para que opere la transferencia tienen que concurrir el título y el modo. Para la transferencia de bien inmueble el modo está representado por la inscripción registral, mientras que para la transferencia de bien mueble debe producirse la entrega física.

Así a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese inválido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El sistema Registral Constitutivo y el Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971 de su Código Civil) y el Sistema Torrens australiano.

4.3 CONTRASTACION DE LOS SISTEMAS COMPARADOS

1. El sistema del derecho romano en la actualidad aún es utilizable como son los casos del derecho argentino y del derecho español. Según este sistema el contrato era una fuente de obligaciones, conocido en la doctrina, como el título. Para que haya transferencia debía ocurrir posterior al perfeccionamiento del contrato la transmisión del bien a través de la mancipatio, la in iure cesio y la traditio. Pues, la traditio es el que todavía subsiste en nuestros tiempos, entendido como la entrega física del bien materia de transferencia. Asimismo, el sistema romano ha servido de base, con variaciones específicas, para la construcción de los sistemas de transferencia francés y alemán. El primer sistema ha sufrido la variación llegando a la espiritualización de la tradición, mientras que para el segundo sistema la variación ha significado una sofisticación de la transmisión de inmuebles a través de la creación del registro jurídico constitutivo.
2. El sistema del derecho francés predica un sistema de transferencia basado en la refundición del título y el modo en un solo acto. El perfeccionamiento del contrato supone al mismo tiempo la transmisión del derecho de propiedad sin que posteriormente se haga alguna acción para la materialización de la entrega. Basta con el consentimiento de las partes de transferir el derecho de propiedad, salvo cuando se trata de contratación sobre bienes futuros o cuando se pacte la reserva del derecho de propiedad a favor del vendedor hasta que se produzca la extinción de la reserva, de forma que inmediatamente operaría la transmisión del derecho de propiedad a favor del adquirente. Justo en el momento en que se produce la transferencia del derecho de propiedad también se transfiere el riesgo que va pesar sobre el adquirente, porque claro está ya es el propietario sin que haya una entrega material del bien o sin que se produzca la inscripción en el registro jurídico correspondiente. En este sentido, el riesgo que se transmite, es en perjuicio del que adquiere el derecho de propiedad, de manera tal que podría su compra no ser eficiente, debido a la deficiencia que ofrece el sistema en cuestión. La deficiencia estriba en la clandestinidad en que queda el contrato, porque para que se dé la transmisión no es necesaria la realización de actos que generen publicidad, como es la entrega de la posesión o la inscripción del acto en el registro jurídico. Si no se

reviste de publicidad al acto o al contrato de transferencia no se hace cognoscible para terceros, y si es así, el derecho de propiedad adquirido no tiene efectos erga omnes frente a terceros, que se traduce en un efecto negativo del ejercicio propio del derecho de propiedad, por constituir en inoponible el derecho de propiedad frente a todos.

3. El sistema del derecho alemán es una sofisticación del sistema de transferencia del derecho romano, porque de acuerdo a aquel sistema para la transmisión del derecho de propiedad debe estar presente el interjuego del título y el modo. Como ocurrió en el sistema del derecho romano. El título es el contrato y el modo es el acto a través del cual se materializa efectivamente la traslación del dominio. La transferencia de un bien mueble se produce con su entrega física a la parte que lo adquiere inmediatamente o dependiendo del acuerdo, después de perfeccionado el contrato. En tanto que la transferencia de un bien inmueble se verifica con la inscripción en el registro jurídico respectivo. La inscripción del acto traslativo del derecho de propiedad de bien inmueble es de carácter constitutivo, esto es, es un requisito *si ne qua nom* para que la traslación opere efectivamente. El carácter constitutivo de la inscripción entraña la inexistencia de terceros indeterminados cuyas titularidades puedan ocurrir al margen del registro. Este sistema otorga a la transferencia de bien inmueble eficacia erga omnes, esto es, resulta ser oponible frente a terceros, por lo tanto el ejercicio del derecho de propiedad, de acuerdo a este sistema, es excluyente y exclusivo.

4. En resumen, el sistema que más se amolda a la situación imperante, gestada por el crecimiento vertiginoso de los mercados, es el del derecho alemán, tanto para la transferencia de bienes muebles como para bienes inmuebles. Pues, resulta importante que el derecho de propiedad pueda funcionar en base a la publicidad o certidumbre que genera la inscripción en el registro jurídico, principalmente cuando se trata de transferencia de bien inmueble. No obstante, la vigencia en algunos países del sistema del derecho francés, éste ha quedado desfasado, debido a que no contribuye en el abaratamiento de los costos de transacción y porque no propugna la eficacia erga omnes del derecho de propiedad. De acuerdo al sistema del derecho francés se transmite al momento del perfeccionamiento del contrato la propiedad y el riesgo en perjuicio del adquirente.

CAPITULO V

DISCUSION DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

5.1 LA TRANSFERENCIA CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD PREDIAL

La discusión de la presente variable radica básicamente sobre lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil peruano, dado que recoge en materia de transferencia de bien inmueble el sistema propugnado por el derecho francés, al establecer de la siguiente manera “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. Sin embargo, para hacer prolijo el estudio, este dispositivo se debe concordar con lo dispuesto por el artículo 1352 del Código Civil. El artículo 1352 del Código Civil contempla que “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. Estos dispositivos consagran el principio de la consensualidad en la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Normas que además orientan de manera clara que la adquisición de bienes inmuebles se perfecciona sólo por el consentimiento o por los actos volitivos de las personas: transferente y adquirente¹⁰⁹.

¹⁰⁹ GONZALES LINARES, Nerio, op. citada, p. 332.

De acuerdo con el sistema aludido, toda transferencia de bienes inmuebles implícitamente contiene la tradición del bien inmueble, lo que quiere decir, que título y modo se unen en el consensus de las partes para generar válidamente o de manera acabada la transferencia, solus consensus. El principio de la consensualidad (inspiración del sistema espiritualista o francés) que informa el modo de adquirir los bienes inmuebles, adquiere positividad normativa en el artículo 949 del Código Civil, el cual tiene operatividad sistemática con los artículos 1351, 1352, 1353, 1355, y 1529 de la misma ley civil¹¹⁰.

En opinión del investigador el trabajo se va circunscribir en el análisis del artículo 949 principalmente, complementado por el análisis de los artículos 1351, 1352 y 1529 del Código Civil peruano.

a. Sistema de la transmisión de la propiedad 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.

Con respecto a la disposición legal diferente, los autores del Código indican que se incluyó por la necesidad de contemplar lo dispuesto en el artículo 1135° que señala la concurrencia de acreedores y la preferencia del derecho inscrito. Se establece asimismo que, frente a la concurrencia de acreedores se prefiere a aquel con Derecho inscrito, creando un sistema ambiguo, porque si la doctrina general para la transferencia inmobiliaria es la consensualidad, la excepción rompe este principio y concede ventaja a quien primero la ha inscrito y no al primero que pactó en compra y venta, criterio con el cual discrepamos, porque, en todo caso, hubiera sido preferible aceptar la propuesta de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 que consistía en dividir los bienes en registrables y en no registrables, aún cuando este sistema exige como condición el Registro Catastral Predial, que si bien es cierto no se consideró, en el Código Civil de 1936, por las razones que señalan los Doctores Olaechea y Solf Muro (falta de registros y de notarios en las provincias); debió haberse aperturado, a partir de 1980, como una

¹¹⁰ GONZALES LINARES, Nerio, op. citada, p.332.

necesidad nacional, realizando el Catastro a fin de abrir el Registro a cada uno de los predios y de esa manera modernizar no solo el manejo de nuestros Registros Públicos, sino también la transferencia inmobiliaria, y evitar enojosos problemas judiciales sobre la nulidad de compraventa, nulidad de inscripciones, acciones judiciales que abruman el poder judicial¹¹¹. La norma considera que no se tomará en cuenta este principio en caso de existir pacto en contrario, lo cual funciona en la compraventa con reserva de propiedad (art. 1583°) o también cuando se hubiere pactado que la transferencia inmobiliaria recién se perfecciona con la inscripción en el registro de la propiedad inmueble¹¹².

Sobre el mismo punto, Carlos Cárdenas Quirós ha hecho un amplio estudio sobre la transferencia de bienes inmuebles en Themis N° 35 a 43, sosteniendo que, las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil y la disposición legal diferente a la que alude aquel. A este respecto es preciso puntualizar que la expresión salvo disposición diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135 del Código Civil, sino a supuestos como el de la Ley N° 13517 (Ley Orgánica de Barrios Marginales), que en su artículo 28 establece que el único título que acredita el derecho de propiedad privada sobre terrenos, parcial o totalmente integrantes de un barrio marginal, es el inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble con carácter definitivo con arreglo a ley¹¹³.

Hoy en día, a través de la Ley N° 29802, Ley que Amplía la Vigencia del Régimen Extraordinario al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), prevista en la Ley 28923, Exonera el Pago de Tasas y otros Cobros y Otorga Facultades Excepcionales en Materia de Formalización en las Zonas Afectadas por los Sismos del 15 de Agosto del 2007, publicado el 12 de octubre del 2012, incluso desde el año 1996, año en que se crea la entidad con el nombre de Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, las municipalidades provinciales han perdido competencia, temporalmente, en materia de formalización de predios urbanos ubicados en barrios marginales. COFOPRI es la sigla de la repartición pública cuya

¹¹¹VASQUEZ RIOS, Alberto, op. Citada, pp. 320 y 321.

¹¹² VASQUEZ RIOS, Alberto, op. Citada, p. 320.

¹¹³ ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006, p. 242.

denominación actual es Organismo de Formalización de la Propiedad Informal. Antes tenía la denominación desde su creación, como se ha mencionado líneas arriba, de Comisión de Formalización de la Propiedad Informal. Sin perjuicio de lo expuesto, sin entrar en disquisiciones que no vienen al caso, es preciso señalar que de acuerdo a la ley acotada el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, tiene competencia exclusiva y excluyente hasta el año 2016 para formalizar predios urbanos ubicados en posesiones informales de acuerdo a la normatividad establecida para dicho efecto.

El título otorgado por una Municipalidad Provincial podía recién tener efectos jurídicos, que se traducían en la adquisición del derecho de propiedad por parte de un poseedor sobre un inmueble, generalmente, de propiedad del Estado, cuando llegaba a inscribirse en el registro jurídico. Lo mismo ocurre con el título de propiedad otorgado por el actual organismo formalizador, esto es, con la sola impresión del título de propiedad, que no es sino la expedición de un acto administrativo, el poseedor beneficiario aún no puede tener el status de propietario sino hasta que se inscriba en el Registro de Predios de los Registros Públicos. Esta excepción al artículo 949 del Código Civil, tiene como fundamento en una de las políticas de Estado orientado básicamente en que los predios formalizados puedan ser materia de transferibilidad y ser utilizados como garantía dentro del sistema financiero. El régimen de formalización de predios situados en posesiones informales en nuestro país, tiene como fuente de derecho registral comparado al sistema Torrens, porque de acuerdo a este sistema la inscripción sanea el derecho de propiedad. Desde la inscripción registral recién se puede entender que el beneficiario del título de propiedad asume la posición de propietario.

Sin embargo, después de pasar el poseedor a la posición de propietario, puede hacer uso sin ningún problema del artículo 949 del Código Civil, porque no hay disposición alguna que establezca que la transferencia de un predio formalizado por el Estado a favor de un poseedor sea constitutiva a través de la inscripción registral. Una propiedad formalizada por COFOPRI es fácilmente rastreable para identificar a su titular y para tener entera certeza de la definición del inmueble a través del Plano de Trazado y Lotización. El Plano de Trazado y Lotización forma parte de la información registral al convertirse desde su inscripción y sus posibles modificaciones posteriores que también se inscriben en un catastro oficial, en el que constan los predios que han de formalizarse de manera individual a quienes acrediten los requisitos establecidos en la

normatividad que regula las acciones de COFOPRI. El Plano de Trazado y Lotización calza exactamente al Plano Perimétrico que se inscribe previamente con su debida ubicación en el globo terráqueo a través de la georeferenciación. La georeferenciación actualmente es obligatoria para la inscripción registral de un predio. En tal sentido, el predio formalizado por COFOPRI se encuentra en el Plano de Trazado y Lotización que ha pasado una serie de acciones en base a la utilización de diversos instrumentos sofisticados cuyos errores de precisión son mínimos. El predio desde entonces obtiene una nomenclatura y cuenta con la información de sus medidas perimétricas, colindancias y la dimensión del área traducida en metros cuadrados, situación que supone que ya no es necesario levantar otro plano para realizar una transferencia si es sobre la totalidad del predio. En la escritura pública de compraventa para su inscripción en el Registro de Predios basta solamente con indicar la nomenclatura del inmueble, el número de la partida registral y el nombre del titular transferente.

El hecho de que las adquisiciones de los propietarios de predios formalizados por el Estado no se inscriban es también por una falta de cultura registral. No es por un tema de que los costos de transacción sean altos. Es por desconocimiento que tienen transferentes y adquirentes sobre la importancia que reviste hoy en día la inscripción registral de un derecho de propiedad predial.

BULLARD GONZALES¹¹⁴, en relación al artículo 1135 y otros del Código Civil, que guardan relación con el artículo 949, sostiene lo siguiente:

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

A nuestro entender, las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. Este signo es, tratándose de bienes

¹¹⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009, pp. 172, 173 y 174.

inmuebles, la inscripción de los Registros Públicos. Así, poco importa si el 949 se refería a “propiedad relativa”, pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

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

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

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

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

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto con el artículo 1135. Así conceden a la inscripción la calidad de signo de cognoscibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos.

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

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

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

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

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

Siguiendo la tradición impuesta por el artículo 1172 del Código Civil de 1936, el legislador de 1984 mantiene un sistema original según el cual por el hecho de nacer la relación obligatoria de la cual surge la prestación consistente en transferir la propiedad, se produce la transmisión inmobiliaria, a pesar desde 1925 Alfredo Solf y Muro propiciaba la obligación de la inscripción de la transferencia de inmuebles como acto constitutivo del dominio inmobiliario. Las actas de la Comisión Reformadora señalan con riqueza de argumentos la polémica entre esos grandes juristas que fueron Solf y Manuel Augusto Olaechea, sobre la transmisión constitutivo del dominio inmobiliario. En tanto Solf propiciaba la obligatoriedad de la inscripción como acto constitutivo del dominio inmobiliario, Olaechea sostenía la inconveniencia de la implantación del sistema, reconociendo la bondad académica, pero encontrando que la inmadurez del régimen registral en el Perú era un factor totalmente negativo a la propuesta del doctor Solf y Muro, temperamento que finalmente prosperó. Freitas ha señalado que “establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la transmisión de la propiedad, muchos jurisperitos no quisieron ver nada más, dieron luego la propiedad como transmitida y adquirida por el simple poder del concurso de voluntades en un momento dado. Tomose la propiedad en su elemento individual solamente y no se atendió a su elemento social. Contose con la buena fe de las convenciones como si la mala fe no fuese posible. Las cosas que conviene transmitir es posible que no sean transmitidas y la misma cosa puede ser vendida a dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestación de la transferencia de dominio, el segundo comprador podría de buena fe transmitir también la cosa que así irá sucesivamente pasando a otro. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo ¿no convendría evitarlo lo más que sea posible? Según la teoría del

Código francés, sobre la transmisión de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalos entre la perfección de los contratos, la transmisión y su adquisición realizada. La tradición y la posesión nada valen. El derecho personal y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio dominio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto”. Agrega el mismo Freitas que “innovación del Código Civil de Francia fue tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta a la buena razón, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las Leyes anteriores. Troplong, Martou y muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovación tan grave fue subrepticamente introducida, sin la discusión especial y profunda que ella reclamaba. Aun así, el nuevo principio no tuvo aplicación respecto a los bienes muebles, según el artículo 2279 y, en cuanto a los inmuebles fue aplicado con restricciones según los artículos 939 y 1069. En vano el legislador francés proclamó su principio de la transmisión de la propiedad solo por el efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó a violarlo en relación con los muebles y a no mantenerlo respecto a los inmuebles, sino por medio de disposiciones contradictorias e incompletas, que expusieron la propiedad territorial y la garantía hipotecaria a incertidumbres y peligros tales, que la segunda generación sintió la necesidad de reformar radicalmente la legislación en esta parte” Y sigue diciendo:

“Lo que desde luego no se había conocido por la fascinación de un bello principio en apariencia, que realizaba el poder de la voluntad humana, vino a conocer después por las exigencias económicas de un buen régimen hipotecario. Y en verdad, el sistema hipotecario del Código Civil francés quedó profundamente viciado desde que confundió los derechos personales con los reales. Era una anomalía y una providencia inútil manifestarse al público el primer derecho real, la propiedad, fuente de todos los otros, no tenía la misma publicidad en los casos más frecuentes. En la actualidad, felizmente, la teoría del Código francés se halla reducida en todo su valor a un mero aparato de palabras que no tiene significación práctica alguna. Desde que el propietario no es propietario respecto de terceros, si no hace transcribir sus títulos en un registro especial y público establecido para este efecto. Teniéndose así reconocida la necesidad de un hecho externo, como indicador legal de la transmisión, no descubrimos razón alguna por la cual en relación con las partes contratantes se debe seguir el principio opuesto a la transferencia de dominio; solo por efectos del consentimiento. ¿Y cómo se

concibe que un derecho real solo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto, y sus correspondientes obligaciones comprenden todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio. Si el vendedor desde el momento del contrato tiene perdido el dominio de la casa vendida no se concibe cómo pueda venderla válidamente por segunda vez a la otra persona solo porque el primer comprador no fue diligente en hacer transcribir su título en los registros hipotecarios, pues desde entonces no puede ejercer su dominio adquirido por el contrato contra un tercero el segundo comprador” (Anotación al artículo 577 del Código Civil argentino. Edición al cuidado del doctor Ricardo de Zavalía páginas N°s. 187 y 188)¹¹⁵.

Como es obvio, el artículo en cuestión recoge en materia de transferencia de bien inmueble, el sistema de transferencia de la propiedad francés, que alude que el solo consentimiento de las partes contratantes (vendedor y comprador) produce inmediatamente la transferencia sin intervalo de tiempo alguno, fenómeno que es identificado por algunos autores con el principio consensualístico. Este principio es bien visto por GONZALES BARRON, Gunter Hernán, puesto que según este autor facilita el flujo de la circulación de la riqueza, porque antes de la entrega o de la inscripción el comprador ya se convierte en propietario del bien; no obstante, enumera una serie de desventajas¹¹⁶:

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

¹¹⁵ ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006, pp.238 y 239.

¹¹⁶ GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *Derechos Reales*, Ediciones Legales, 2da Edición, Lima 2009, pp. 441.

ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

- b) Por otro lado, inclusive en el caso de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, se presenta el grave problema de la doble venta.*
- c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquirente.*
- d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión.*

Por su parte BULLARD GONZALES¹¹⁷, señala que la norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para efectuar la transferencia de la propiedad. La disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Del artículo 949 se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del

¹¹⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009, p. 171.

contrato y el precio que se ha de pagar por él, para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgido un derecho al bien para el acreedor (ius ad rem), si no que simultáneamente este adquiriera la propiedad (ius in re)¹¹⁸.

Federico G. MESINAS MONTERO, y Manuel MURO ROJO¹¹⁹, hacen un análisis de la cuestión sosteniendo:

Desde el plano práctico, es claro que a tenor del artículo 949 la sola celebración del contrato produce la inmediata transferencia de propiedad de un bien inmueble. Visto así el asunto, aparentemente el Código Civil le concede efectos reales a los contratos por los cuales se transfieren bienes inmuebles, pues no se exigiría un modo específico – un hecho o conducta distinta del contrato mismo- para que se haga efectiva la traslación del derecho.

Esto que parece evidente, sin embargo no tiene un correlato desde la teoría, dadas las divergencias entre los distintos autores nacionales sobre el esquema jurídico de la transferencia de propiedad conforme al artículo 949 del Código Civil. En el fondo, el tema pasa por determinar si cabe hablar aún de título y modo respecto de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en el Perú. Cabe señalar que esta controversia, si bien en principio es conceptual, tiene también implicancias prácticas; pues de admitirse ciertas posiciones, como la de Miguel Torres Méndez, por ejemplo, se llegaría a la conclusión de que respecto a determinados contratos la transferencia requiere de una actividad concreta (modo), que sería la entrega en el caso del contrato de compraventa.

Dada la situación descrita, a continuación revisaremos el estado de la cuestión, esto es, realizaremos una descripción sucinta de las principales

¹¹⁸ GONZALES LINARES, Nerio, op. citada, p.33.

¹¹⁹ MESINAS MONTERO, Federico G. y MURO ROJO, Manuel, en *Código Civil comentado, comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil, Tomo V, Derechos Reales*, Tercera Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 229, 230 y 231.

posiciones existentes y propondremos además nuestra opinión particular.

Una primera posición postula que la aplicación del artículo 949 de la transferencia de propiedad inmueble se efectúa en virtud de un contrato con efectos reales. Sobre el particular Hugo Forno atribuye carácter traslativo y no obligacional a la transferencia de inmuebles, advirtiendo que el cumplimiento de una obligación requiere de una actividad del deudor, pues precisamente en eso consiste la prestación. Por ello, como el artículo 949 no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, debe entenderse que dicha transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación (la de enajenar a que hace referencia el dispositivo), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el título.

Esta posición se contrapone a la manifestada por Manuel de la Puente y Lavalle, quien señala que el Libro de los Derechos Reales del Código vigente conserva la antigua distinción romana entre el título de adquisición y el modo de adquirir en la transferencia de bienes. En el caso de los inmuebles, la transferencia opera por aplicación del artículo 949, por lo cual la obligación de transferir (título) cobra efecto traslativo (modo). Es decir, hay una causa remota de adquisición que es el contrato consensual celebrado (por ejemplo, de compraventa) que constituye el título, y una causa próxima o modo que es la aplicación misma del artículo 949 (que hace al comprador propietario del bien). Tal como lo precisa Felipe Osterling, el modo de transmisión sería propiamente una cesión de derechos.

Jack Bigio, por su parte, opina también que el Código Civil recoge el sistema de título y modo en la transferencia de inmuebles, pero ve el asunto de un modo menos complejo señalando que en estos casos el contrato cumple al mismo tiempo el doble rol de título y modo.

La admisión del sistema del título y modo es rebatida, entre otros, por Miguel Torres Méndez, quien discrepa en cuanto que el modo en la

transferencia de inmuebles pueda ser la aplicación del artículo 949, al carecer del efecto publicitario propio de todo modo. El modo supone un hecho o acto material, un signo de cognoscibilidad, y no puede atribuírsele tal naturaleza al efecto legal del dispositivo en cuestión. El planteamiento lleva al autor a considerar que respecto de la compraventa de inmuebles no es aplicable el artículo citado) a la regla de que la sola obligación de enajenar transfiere la propiedad, la que operaría solo en el caso de los contratos atípicos. La transferencia de inmuebles mediante la compraventa se daría entonces con la entrega, en aplicación analógica de las normas de transferencia de bienes muebles.

Gastón Fernández Cruz comparte el argumento de que se desnaturaliza la noción de “modo” si este no consiste en un signo de reconocibilidad social, pero discrepa con el autor antes citado en cuanto a la limitación de la aplicación de la regla del artículo 949 a los contratos atípicos. Así, pues, si la razón de que no se aplique el numeral 949 a los contratos típicos es que estos son concebidos por el Código Civil como contratos obligatorios, tampoco sería de aplicación dicha norma a los contratos atípicos, desde que el Código regula al contrato, como categoría general, como productor exclusivo de obligaciones, lo que llevaría al absurdo de sostener que el artículo 949 no tiene aplicación sustantiva.

Al igual que Hugo Forno, Gastón Fernández Cruz critica el supuesto carácter obligatorio de la transferencia de la propiedad inmueble, pues el recurso a la noción de obligación se justifica solamente si el interés puede ser satisfecho por otro a través de un despliegue de energías de trabajo, esto es, mediante la prestación. No obstante admite que el Código Civil ha optado por la noción del título y modo para la transferencia inmobiliaria si se tiene en cuenta que el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Nosotros compartimos la opinión del autor recién citado, por más que sea una suerte de posición “de resignación”. En efecto el Código Civil,

heredando un defecto de la legislación francesa, ha creado una ficción jurídica de una obligación que nace y se cumple por sí sola para justificar un sistema de transferencia patrimonial que pudo diseñarse de otro modo; por ejemplo, como lo hace el Código Civil italiano que atribuye efectos reales al contrato que transfiere la propiedad de un bien inmueble. La consecuencia es que se desnaturaliza la noción de obligación, que importa necesariamente una prestación conforme a los términos del mismo Código Civil; por ejemplo ¿puede aseverarse con total certeza que la obligación configurada en el artículo 949 es una con prestación de dar, hacer o no hacer?

Al mismo tiempo, y sin justificación razonable se desnaturaliza el concepto de modo, en los términos explicados por los autores citados. No nos parece correcta la alegación de que el modo no pueda consistir en un acto o hecho material concreto porque el Código Civil admite los supuestos de tradición ficta, cuando cambia el título posesorio o se transfiere un bien que está en poder de un tercero. Puede apreciarse que estos casos responden también a hechos o situaciones fácticas-lo que es propio de la naturaleza del modo - que hacen innecesaria una entrega física, lo cual no es extensible al común de las transferencias inmobiliarias como resulta de aplicar la regla del artículo 949.

Lo que sucede, finalmente, es que desde un plano sistemático la posición de Manuel de la Puente responde a la coherencia que expresa el Código Civil, pues el artículo 1402 restringe a los efectos de los contratos a la creación (regulación, modificación y extinción) de obligaciones. Por lo tanto, es cierto que el Código se desprende de la idea de mantener un sistema de título y modo respecto de la transferencia de inmuebles, aunque forzando y desnaturalizando diversas figuras jurídicas.

Esto no significa que no podemos discrepar con la posición adoptada por el Código Civil respecto del objeto del contrato, pues tal como claramente lo señala Hugo Forno las situaciones jurídicas subjetivas, y por lo tanto las relaciones jurídicas que las conectan, pueden ser de

diverso tipo, y la relación de obligación solo es uno de esos tipos de relación jurídica, por lo que no puede seguirse pensando que la obligación es el único tipo de obligación patrimonial. “¿Quiere decir, me pregunto, que el contrato no puede estar referido a otra cosa que no sea una relación jurídica obligatoria? ¿Cómo se denominaría y qué reglas se aplicarían a un acuerdo en cuya virtud las partes estipulan una reducción en el plazo de un usufructo? ¿Cómo se denominaría aquel acuerdo celebrado entre dos partes para alterar sustancialmente los términos de una servidumbre?...” (FORNO).

Se tiene también la opinión de FLINT, Pinkas¹²⁰, sobre el contrato de compraventa de inmuebles, quien sostiene lo siguiente:

El contrato de compraventa de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador). Aquí título y modo coinciden.

Analicemos el artículo 949°:

1. “La sola obligación de enajenar”

El concepto de enajenar se refiere únicamente a la transmisión de la propiedad.

Por tanto, la obligación de enajenar equivale a la obligación de dar en propiedad.

2. “Salvo disposición legal diferente”

Este agregado permite aclarar que el enunciado del artículo 949° no es de carácter absoluto, sino que está limitado por otras disposiciones legales, como sucede en el caso de la concurrencia de acreedores de una obligación de dar (que se presentan cuando el vendedor ha vendido el mismo inmueble a diversas personas), eventualidad en la que se refiere al comprador que inscribe la

¹²⁰ FLINT, Pinkas, *Manual del agente inmobiliario*, Instituto de Alta Gerencia y Grijley, Lima 2009, pp. 1001 y 1002.

compraventa en el Registro de la Propiedad Inmueble, a pesar que otra persona lo haya adquirido con arreglo a los artículos 949° y 1529° del mismo código.

Este agregado “salvo disposición legal diferente”, permite establecer que hay dos modos distintos de adquirir la propiedad: el contrato y la inscripción, a los que aluden los artículos 949° y 1135°, respectivamente.

Puede afirmarse que por la compraventa inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haber perfeccionado su adquisición (artículo 949° del CC) salvo lo dispuesto en el artículo 1135° del Código Civil, que en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad del modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria, al establecer “cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito,…”

Siendo así las cosas expuestas, también resulta fundamental tener en cuenta a la institución contractual como aquel mecanismo que sirve de fuente para la circulación de bienes¹²¹ y servicios, que no son sino los intercambios económicos¹²² que se

¹²¹ Los bienes son objetos materiales o inmateriales, ciertos, plenamente identificados e individualizados, sobre los cuales existe interés económico. La certeza, identificación e individualidad son la clave del concepto jurídico “bien”. Son así porque los sujetos buscan satisfacer una necesidad práctica a través de dichas cualidades. La exclusividad y “persecutoriedad” son herramientas indispensables para satisfacer necesidades que reclaman recursos esencialmente escasos.

En definitiva, el concepto “bien” surge de la necesidad de excluir y perseguir para lograr un fin práctico. El propietario de un bien pretende mantenerse en el goce y aprovechamiento económico, lo que supone que nadie más lo haga sin su consentimiento (exclusión) y que de alguna forma es privado del bien pueda traerlo de regreso (persecución). En consecuencia, el bien es cierto e identificado porque solo así es posible excluir y perseguir. No se puede apartar a alguien de algo que no está identificado. Esa es la gran diferencia entre los derechos sobre los bienes y otros derechos patrimoniales, MEJORADA CHAUCA, Martín, *Fundamentos de la tutela de los derechos adquirentes de buena fe, en Estudios sobre la propiedad*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2012, p. 136.

¹²² El sistema contractual puede ser entendido así como sistema de mercado. El intercambio es el momento esencial de la actividad económica moderna. Por esta vía se logra, en teoría, una correcta asignación de los recursos escasos. Si alguien vende una casa es porque el comprador la valoriza más que el vendedor. De lo contrario jamás se hubiesen puesto de acuerdo sobre el precio. Si las partes han hecho una correcta evaluación sobre sus preferencias y el valor que le asignan a la casa, en cada operación de intercambio se ha producido la transferencia de un recurso de un uso menos valioso a un uso más valioso. No es otra la razón que explica, como señalan POSNER Y KROMAN, el “slogan” de la autonomía

experimentan en el mercado con la finalidad de generar riqueza. El contrato es el elemento básico para la transferencia de un derecho de propiedad. Sin embargo, dependiendo del sistema de transferencia se adquiere la propiedad bajo el uso del contrato. Como se ha explicado líneas arriba en el Perú, con la sola celebración del contrato coetáneamente se produce la transferencia. Bajo este entendido, es incongruente la existencia del artículo 949 del Código Civil, dado que no tiene coordinación directa con el concepto de contrato recogido por el artículo 1351 de nuestro Código Civil. De acuerdo a este artículo el contrato viene a ser fuente de obligaciones¹²³ de carácter obligatorio que vincula a las partes celebrantes. Como quiera que el contrato de manera general crea obligaciones, la transferencia de un bien o derecho de propiedad estaría ocurriendo con el cumplimiento de la prestación que es objeto de la obligación, esto es, con la entrega de la posesión o con la inscripción en el registro jurídico si se tratara de contrato de compraventa de bien inmueble. La prestación tendría efectos reales. De igual forma no se debe perder de vista la función económica y social¹²⁴ que cumple en el mercado la utilización del contrato. La función

privada, citado por BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009, pp. 268 y 269.

¹²³ Examinando a los autores contemporáneos vemos para ellos existe una premisa fundamental, cual es que por sus funciones el contrato se extiende a todo el derecho obligacional y de consiguiente, no solo crea obligaciones, sino que también las regula, modifica o extingue. En este orden de ideas, podemos afirmar que existen contratos constitutivos, que son la mayor parte; modificativos, regulatorios y extintivos, ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, *Contratos Parte General, Contratos Nominados*, Gaceta Jurídica, Lima 2006, pp. 75 y 76.

¹²⁴ Entre las funciones económicas y sociales que cumple el contrato figuran las siguientes:

1. Función de *circulación de la riqueza*, es decir, de bienes y servicios, mediante los contratos de cambio con sacrificio económico para ambas partes, como ocurre con los contratos onerosos, o para una sola parte como sucede con los contratos gratuitos.
2. Función de *Crédito*. Esta función se cumple a través del contrato de mutuo de muchos contratos bancarios: apertura de crédito, crédito documentario, tarjeta de crédito, etc.
3. Función de *garantía*. Mediante la constitución de contratos accesorios de garantía mobiliaria, hipotecaria, anticresis, fianza, se fortalece el derecho del acreedor a la recuperación de su crédito.
4. Función de *custodia*, a través de contratos por los cuales una de las partes entrega a la otra un bien mueble para que la conserve en su poder y se la restituya cuando aquella así lo requiera: depósito, secuestro, cajas de seguridad, de garaje.
5. Función de *previsión* que tiene por finalidad precaver riesgos o cubrir las consecuencias de los mismos, lo que se logra mediante el contrato de seguro (de salud, de vida, de responsabilidad civil) o el de renta vitalicia.
6. Función de *recreación*, mediante los contratos con fines turísticos, de espectáculos deportivos, taurinos, culturales, etc.
7. Función de *cooperación*. Los contratantes colaboran entre sí para que el contrato que celebran cumpla con su función de crear, modificar, regular y extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Pero la función de cooperación se acentúa en contratos intuitu personae como el mandato, la donación, la sociedad colectiva. En el mundo contemporáneo destacan los contratos de colaboración empresarial mediante uniones, no societarias, entre sociedades y personas o entre sociedades para ejecutar en conjunto una obra, prestar un servicio o un suministro determinado.

económica del contrato se sustenta en el acuerdo de dos o más partes con intereses normalmente contrapuestos, que se desarrolla a través de la expresión de la libertad humana conocida en el derecho privado como la autonomía de la voluntad o autonomía privada¹²⁵. En el contrato la autonomía de la voluntad se traduce en la libertad contractual y la libertad de contratar. Estas libertades son las que producen el movimiento del mercado a través de los intercambios de bienes y servicios. Pues, es el mecanismo a través del cual las personas realizan las compras y las ventas de bienes, la contratación y la prestación de servicios, para satisfacer las múltiples necesidades existentes en sus vidas. La satisfacción se hará en virtud a la elección que despliegan de acuerdo a sus intereses y de nadie más.

Modernamente, dependiendo del plan de desarrollo económico planteado constitucionalmente por un país, el contrato y el derecho de propiedad, tendrán una atención particular con la relevancia debida por el ordenamiento jurídico respectivo o simplemente la atención será para ambos institutos sin la mínima importancia. Si el plan de acción es reforzar la protección al derecho de propiedad y dar mayor amplitud a la

-
8. Función *laboral* mediante el contrato de trabajo, de locación de servicios, de mandato, de gerencia, etc. En, TORRES VASQUEZ, Anibal, *Teoría General del Contrato*, Tomo I, Pacífico Editores, Lima 2012, pp. 39 y 40.

¹²⁵ Sobre la base de una resumida consideración de las normas que el legislador dicta en este ámbito, avalada por las sugerencias que nos llegan de los precedentes históricos de la institución, y sobre todo, llegan los precedentes históricos de la institución, y sobre todo, de la vida real, es dado arribar, fácilmente, en un primer resultado, decisivo –aun cuando sea, en sí mismo, genérico e incompleto – para el ulterior desarrollo de la investigación: que la sustancia, el substrato real del negocio jurídico, debe volver a ser identificada en el fenómeno de la autonomía privada.

El significado de la proposición anterior, en los términos amplios en los cuales ha sido formulada, nos parece bastante claro; la autonomía privada es la aptitud del individuo, en cierto sentido connatural a él, para dar regla, por sí mismo, a sus propios intereses; el ordenamiento, en sus disposiciones sobre los negocios, afronta y regula este fenómeno de la autonomía, el cual pasa a constituir, así, el substrato material de tales normas. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, edición, traducción y notas de LEYSER L. LEON*, Grijley, Lima 2004, 2da Edición, Casa Editora Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, Jovene 1969, p. 106. Se concluye que “la “autonomía” radica en la persona en cuanto esta es un ser libertad. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la “voluntad” y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la “autonomía” de la “voluntad” es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano”, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial*, 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 21. “La autonomía de la que goza la persona en la esfera de las relaciones jurídicas encuentra en ella (la libertad) su fuente generadora. La llamada “autonomía de la voluntad” es una realidad básica y fundamental de lo jurídico, un principio de derecho. El acto, producto de una decisión libre y acuerdo por la voluntad y las demás potencias o energías de la persona, se exterioriza en el mundo. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se centrará jurídicamente en la validez, el poder vinculante y en la calidad preceptiva de los actos que se sustentan, en última instancia, en la libertad”, FERNADEZ SESSAREGO, Carlos, *El supuesto de la denominada “autonomía de la voluntad”*, en *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2000, 243, en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, op. citada, p. 21.

autonomía privada, se entiende sin lugar a dudas que es el mercado el escenario donde se dará la producción de la multiplicidad de intercambios de bienes y servicios sin la injerencia del poder Estatal. La intervención del poder Estatal para la protección jurídica a la propiedad y al contrato, será la de dar las herramientas legales convenientes para que tenga seguridad jurídica una y para que tenga más libertad la otra.

En tal sentido, habrá mercado mientras existan contrataciones. Sin la intervención del contrato no existiría el mercado como modernamente se conoce. Para que exista un contrato eficiente la prestación debe ser debidamente determinada, identificada y reconocible por el que está en la posición de adquirir o recibir. El que transfiere debe ser el titular del derecho de propiedad de acuerdo a la información que se tenga al momento de celebrar el contrato de transferencia. En el caso de transferencia de la propiedad predial, el titular del bien debería estar sin lugar a dudas identificado para hacer uso de la libertad contractual y la libertad de contratar. También debería estar el bien debidamente determinado o identificado a través del catastro que sea fácilmente perceptible y rastreable una vez que haya obtenido el beneficio de la publicidad a través de su inscripción en el registro jurídico. La identificación del bien, de su idoneidad y de su titular y que se encuentre publicitado a través de su inscripción supone que el ejercicio del derecho de propiedad es oponible frente a terceros.

De acuerdo lo expuesto, el plan de acción establecido en la Constitución Política del Perú, exige que los contratos se hagan en base a informaciones formales y cognoscibles por terceros, que abaratan ostensiblemente los costos de transacción y que genera con mayor frecuencia las transferencias de los bienes, porque no hay transacciones viciadas que causen efectos nocivos al funcionamiento del mercado. El Estado peruano por medio de su legislador deberá adecuar el sistema de transferencia de la propiedad predial al que más se acomoda a la política económica planteada, que no es sino la de la economía de mercado.

Dotarle de oponibilidad al ejercicio del derecho de propiedad predial, significa otorgarle al titular la posibilidad de ejercerlo de manera exclusiva y excluyente sin la injerencia del Estado ni de ningún extraño, entonces tendrá la oportunidad de hacer uso, disfrute y disposición sin tener restricción alguna con excepción de las establecidas legalmente, pero de manera excepcional. Si se sostiene que la oponibilidad tiene como

presupuesto la existencia de signos de cognoscibilidad sobre el titular y las características del bien que ha de transferirse, no resulta conveniente seguir manteniendo vigente el artículo 949 del Código Civil, porque ya no coordina con el plan de desarrollo económico del país. Para el plan económico del país dar seguridad jurídica al derecho de propiedad es de vital importancia, dado que la propiedad privada es la principal fuente de riqueza.

Ahora bien se tiene también el artículo 1352 del Código Civil que establece que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

El artículo acotado señala que el contrato queda perfeccionado por el consentimiento de las partes. Pues, perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional¹²⁶. Adicionalmente, mediante el precepto bajo comentario se consagra la supresión de los contratos reales, convirtiendo a los que tradicionalmente eran considerados dentro de esa categoría –mutuo, comodato y depósito-, en contratos consensuales o, en todo caso, con libertad de forma. Esta modificación tiene beneficios prácticos, pues es un hecho que entre el acuerdo a que llegan las partes y la entrega, transcurre un lapso muchas veces largo, que se traduce con frecuencia en situaciones dudosas o conflictivas. Se ha dado, pues un paso trascendental al implantarse el sistema de consensualidad, eliminando la entrega o tradición, como regla general. El acto de la entrega debe entenderse, en consecuencia, no como un elemento constitutivo o formal sino como parte del mecanismo en el cumplimiento de lo prometido¹²⁷. Entonces, como correlato, el artículo 949 de nuestro Código Civil tiene concordancia con el artículo 1352, porque ambos articulados propugnan el consensualismo, es decir, con el consentimiento queda perfeccionado el contrato produciendo instantáneamente los efectos queridos por las partes. Sin embargo, el artículo 1352 establece excepciones, cuando señala que “...excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. En

¹²⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo I, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2001, p. 96.

¹²⁷ ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, *Contratos Parte General, Contratos Nominados*, Gaceta Jurídica, Lima 2006, p. 77.

Argentina¹²⁸, lo mismo que ocurre en España¹²⁹, por ejemplo la transferencia de la propiedad inmueble ocurre cuando el contrato es sancionado por escritura pública, constituyendo una formalidad ad solemnitatem, siendo que de no observarse no produciría efectos jurídicos.

¹²⁸ A fin de que el dominio se transmita no basta con el acto jurídico obligacional, sino que debe cumplirse con la tradición para tener por operado el traspaso, tanto entre las partes (función constitutiva de la tradición) cuanto frente a terceros (función de publicidad): art. 577 Cód. Civ. Por su parte, el art. 2609 dispone que “se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella, por la tradición en las cosas muebles y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición”. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, 7ma Edición, Zavallá, Buenos Aires 2004, p. 345.

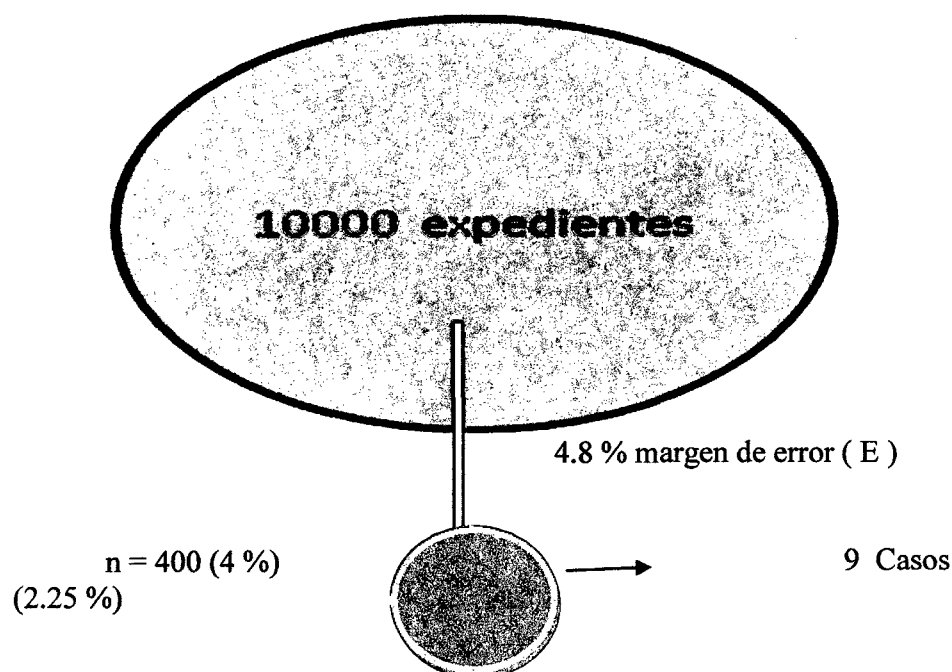
¹²⁹ A mi juicio la propia exigencia de sobrevivencia de la teoría del título y el modo y la función jurídica de la traditio material exige interpretar la traditio instrumental como una mera presunción de entrega material. La jurisprudencia en este punto parece contradictoria; en algunas sentencias declara que la traditio instrumental no es una mera presunción de entrega, sino una entrega efectiva (SSTS de 8 de julio de 1983, 28 de junio de 1961 y 22 de marzo de 1952), mientras que en otras mantiene que la traditio cartae es una presunción que puede ser desvirtuada cuando se demuestre una discordancia con la realidad jurídica (STS de 25 de abril de 1949). Sin embargo, el examen del contenido material de las sentencias nos muestra que la jurisprudencia no lleva la afirmación de la traditio instrumental como traditio real hasta sus últimas consecuencias: a) (posesión real como prueba de voluntad) la escritura no transmite la propiedad cuando encubre realmente una fiducia en garantía (STS de 11 de marzo de 1974); la posesión manifiesta y prueba la voluntad real frente a los nombres que las partes ponen a sus contratos. Mediante la posesión, también se prueba la voluntad real frente a los nombres que las partes ponen a sus contratos. b) (doble venta: inaplicabilidad del art. 1.473 a la sola escritura pública). En la importante sentencia de 16 de febrero de 1970 se plantea el problema de una doble venta: la primera, en documento privado, y la segunda en escritura pública; el comprador en escritura pública pretende ser el primer poseedor material (art. 1.473 del CC) declarando la sentencia (ibídem, STS 24 de diciembre de 1969) que el artículo 1.462 no implica que para la tradición se necesite escritura pública, pues aún siendo privada puede justificarse la entrega por todos los medios admitidos en derecho. Se plantean también: c) Falta de posesión en el otorgante. Los supuestos en que el transmitente carece de posesión, PUIG BRUTAU declara que la jurisprudencia admite que nada transmite la traditio instrumental si el transmitente no tenía la traditio real...e) la “traditio” instrumental y los lindes de la finca. También aparece contradictoria la jurisprudencia en el tema de si los lindes reales de una finca han de considerarse los escriturados o los que fueron objeto de entrega material; la sentencia de 6 de abril de 1945 contempla la venta de una finca en escritura pública a la que se agrega un documento privado en el que el vendedor se reserva la propiedad (y retiene la posesión) de parte de ella; el Tribunal Supremo entiende que el comprador no adquirió la propiedad de lo reservado por documento privado y declara que la traditio instrumental es una mera presunción de la traditio real, combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica; en sentido contrario se pronuncia la Sentencia de 18 de abril de 1974, en la venta por un ayuntamiento de una finca de la que se hace entrega de una superficie inferior a la escriturada; el Tribunal Supremo entiende que la traditio instrumental del artículo 1.462 no es una presunción de traditio, sino una traditio real que no cabe desvirtuar con pruebas extrínsecas a la escritura, ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales, Propiedad y Posesión*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1986, pp. 170, 171 y 172.

5.2 CUANTIFICACION DE DATOS RECOGIDOS SOBRE EXPEDIENTES DE PROCESOS QUE SE ENCUENTRAN FENECIDOS EN MATERIA DE REIVINDICACION Y MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD.

Los datos fueron recogidos del Archivo General de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Ayacucho, de los procesos fenecidos respecto de los años 2006 al 2012 de expedientes en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad, que se tramitaron ante el Primer Juzgado Civil de Huamanga, para la indagación de las decisiones tomadas en cada proceso fenecido, con el firme propósito de establecer si el Poder Judicial para dictar las resoluciones que originaron el fenecimiento de los procesos, ha tomado en cuenta el principio consensualista, esto es, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil. O para observar, si el Poder Judicial en las materias indicadas está resolviendo de acuerdo a la presentación de títulos formales por las partes.

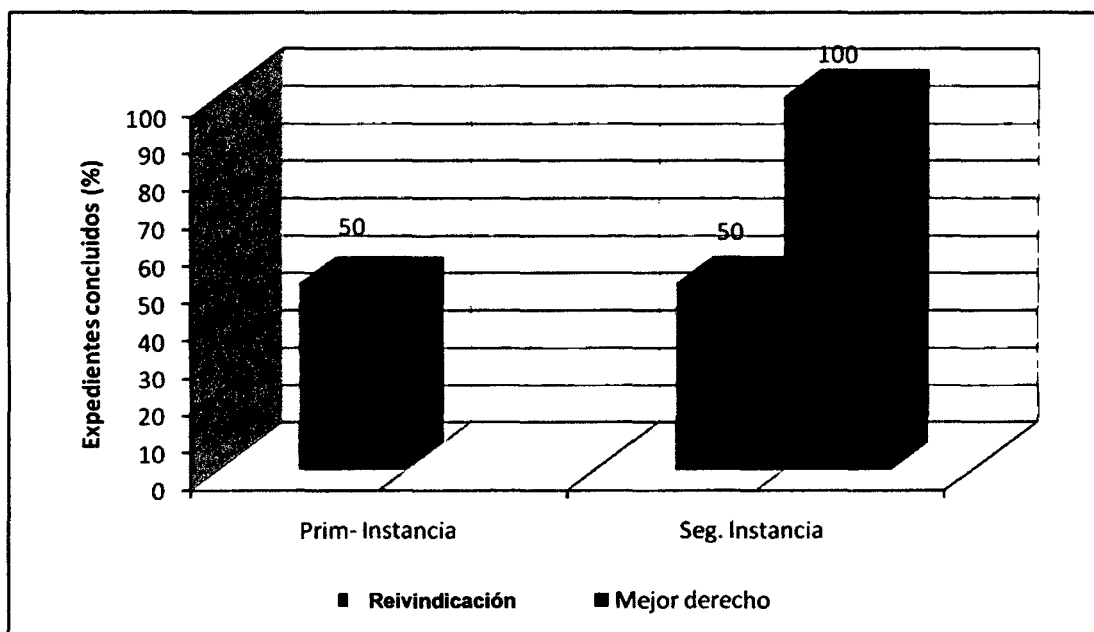
Los datos recogidos se grafican de acuerdo al siguiente detalle:

GRAFICO 1:



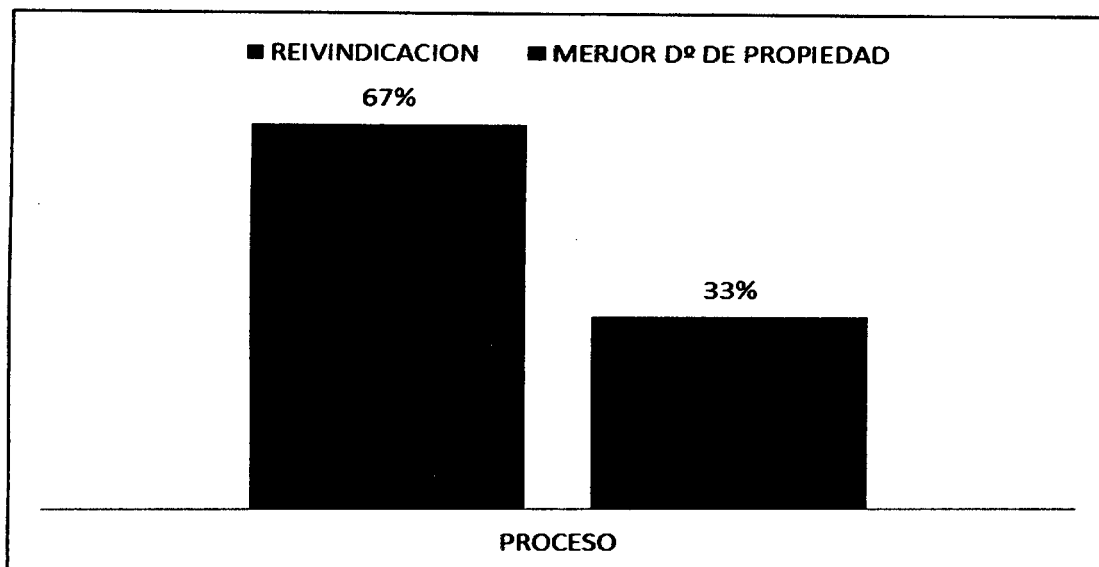
Los datos recogidos se han hecho de un universo de expedientes $N = 10000$, que aproximadamente, por criterio del investigador, son el número de expedientes fenecidos que se encuentran en el Archivo General de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Ayacucho, sobre las distintas materias, como son: Penal, constitucional, laboral, comercial, etc; de este universo, se ha establecido como el tamaño de muestra $n = 400$, esto es, se ha hecho la búsqueda de 400 expedientes de procesos fenecidos y tramitados ante el Primer Juzgado Civil; pues son expedientes fenecidos entre los años 2006 y 2012, de manera tal que al haberse hecho la búsqueda de los 400 expedientes se han encontrado la cantidad de 9 expedientes de procesos fenecidos en las materias de reivindicación y mejor derecho de propiedad. En conclusión, del total de 10000 procesos fenecidos en las materias mencionadas, hay un total 225 procesos fenecidos en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad.

GRAFICO 2:



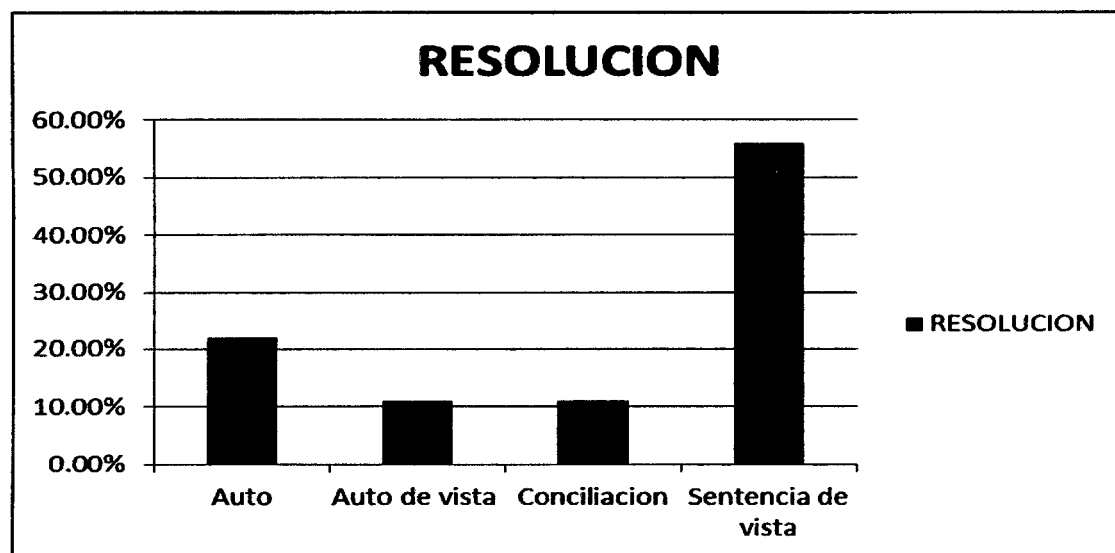
Este gráfico nos ilustra que de los expedientes analizados en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad, el 50% de los procesos de reivindicación han fenecido en primera instancia y el otro 50% han fenecido en segunda instancia; y por su parte, los procesos en materia de mejor derecho de propiedad han fenecido en segunda instancia el 100%.

GRAFICO 3:



El presente grafico nos demuestra que de los expedientes estudiados el 67% corresponden a los procesos seguidos sobre reivindicación y el 33% corresponden a los procesos sobre mejor derecho de propiedad.

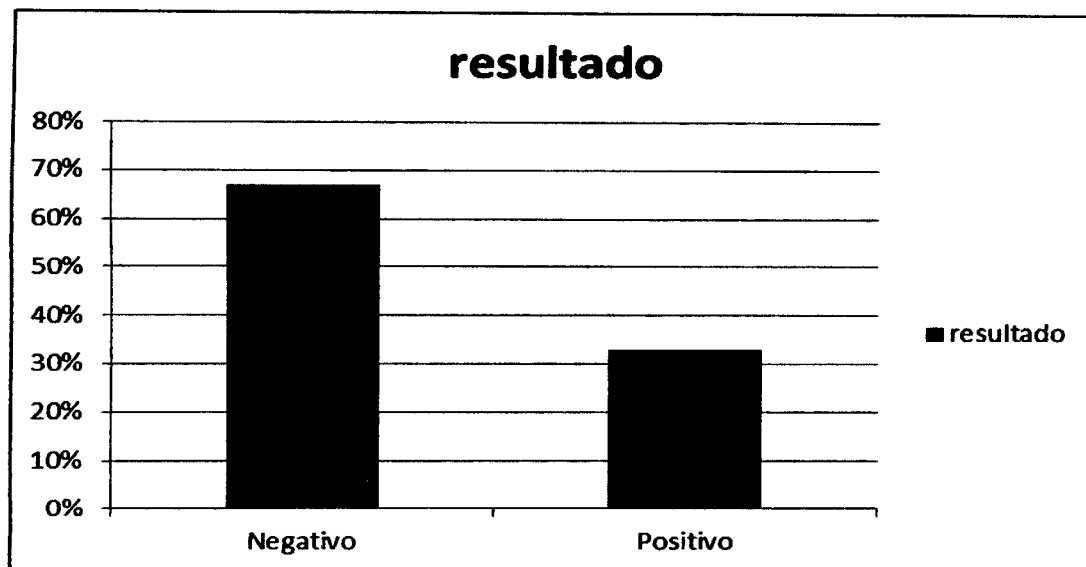
GRAFICO 4:



El presente grafico nos ilustra que los procesos de los expedientes analizados han concluido en un 22% con la expedición de un auto (en primera instancia); un 11%, con la expedición de auto de vista (en primera instancia); un 11% mediante conciliación judicial (en primera instancia); y un 56% mediante sentencia de vista (en segunda

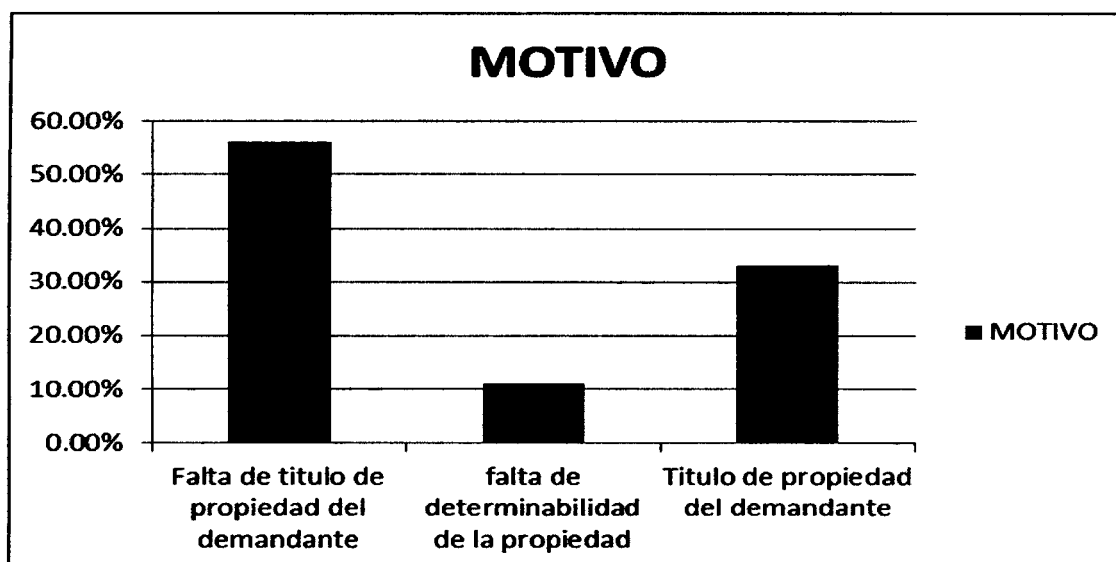
instancia).

GRAFICO N° 5:



El presente grafico nos ilustra que los procesos de los expedientes analizados han concluido en un 67% con un resultado negativo, en virtud a que las demandas planteadas por los demandantes no fueron declaradas fundadas, esto es, los demandantes han tenido un resultado adverso a sus propósitos; mientras que un 33%, han tenido un resultado positivo, puesto que las demandas planteadas fueron declaradas fundadas, es decir, los demandantes han logrado sus propósitos.

GRAFICO N° 6



El presente grafico nos ilustra que los procesos de los expedientes analizados han concluido en un 67% con un resultado negativo, en virtud a que las demandas planteadas por los demandantes no fueron declaradas fundadas, esto es, los demandantes han tenido un resultado adverso a sus propósitos, en razón a las siguientes motivaciones expuestas en las resoluciones respectivas, de acuerdo al siguientes detalle: el 56% porque los demandantes no han acreditado su propiedad con títulos de propiedad formales y el 11%, si bien contaban con títulos de propiedad sin inscripciones registrales, los inmuebles no se encontraban debidamente identificados con su ubicación, medidas perimétricas y colindancias. Mientras que un 33%, han tenido un resultado positivo, puesto que las demandas planteadas fueron declaradas fundadas, es decir, los demandantes han logrado sus propósitos, porque han acreditado su propiedad con títulos de propiedad formales debidamente inscritos en el registro jurídico.

5.3 DEFINICION DEL PROCESO DE REIVINDICACION Y MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Según reiterada jurisprudencia la acción reivindicatoria es la que típicamente dirige el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, consecuentemente, un extremo de la acción exige la probanza plena e incuestionable del derecho de propiedad del bien reclamado, y el otro que quien posee lo haga sin título alguno, sin embargo, la concepción moderna de la reivindicación sobre la cual también existen reiteradas jurisprudencias, no necesariamente se dirige contra la persona que no tiene título alguno para poseer el bien, sino que aun cuando tenga título alguno, este es ilegítimo, o no tenga mejor derecho a poseerlo en relación al demandante, es decir, habilita a discutir el mejor derecho de propiedad dentro del proceso reivindicatorio, en virtud a que el propietario legítimo tiene derecho a poseer y éste derecho es exclusivo y excluyente, siendo éste el sustento real de la acción reivindicatoria. Además, es requisito de la reivindicación que el predio reclamado sea debidamente identificado e individualizado, de modo tal que no existan dudas sobre su área, linderos y medidas perimétricas.

Para resolver una controversia sobre mejor derecho de propiedad de bien inmueble se

aplica, de acuerdo a la jurisprudencia Nacional, en aplicación del artículo 1135 del Código Civil. Pues la Corte Suprema ha resuelto que el derecho de propiedad debe concebirse como un derecho absoluto y exclusivo, siendo así no debe haber dos titularidades contrapuestas. Habiéndose presentado instrumentos jurídicos en los que consta el derecho de propiedad de ambas partes, era menester recurrir a supuestos normativos sobre concurrencia de acreedores como es el caso del art. 1135 del CC sobre prioridad registral¹³⁰.

¹³⁰ Casación N° 2409-98-Callao, enero del 2000.

CAPITULO VI

DISCUSION DE LA VARIABLE DEPENDIENTE

6.1. LAS DECISIONES DE LOS JUZGADOS CIVILES DE HUAMANGA

a. EL JUEZ Y EL DERECHO

El art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establece que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

El artículo mencionado consagra el aforismo *iura novit curia* que señala “las partes deben expresar los hechos y el juez el derecho” el cual también es reproducido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.¹³¹

Por su parte el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

¹³¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, 3ra Edición, Lima 2011, p. 46.

Acota además que, no existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del poder judicial, con excepción de la arbitral y la judicial.

Nuestra Constitución, naturalmente, consagra en su artículo 138 que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango legal.

De acuerdo a las normas invocadas en los precedentes párrafos, el Poder Judicial a través de los jueces viene a ser el encargado de administrar justicia cuando se presente un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. En este orden de ideas, el Juez es un Funcionario Público, que tiene la delicada tarea de aplicar el derecho cuando se produzcan conflictos entre particulares o entre estos con el Estado. Normalmente, los jueces tienen la creencia que están resolviendo los conflictos con efectos actuales, es decir, no creen en la predicción de sus decisiones. En otras palabras, no prevén si sus decisiones van a ser eficaces o no.

Con respecto a la delicada tarea de los jueces, resulta necesario referirse al tránsito que en la actualidad se ha dado del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. El Estado de Derecho, supone que los jueces son los intermediarios del legislador, puesto que aplican el Derecho tal cual aquel desea. Se podría decir que el legislador aplica el derecho de manera indirecta y los jueces son sus agentes por ser los instrumentos en la aplicación de las leyes.

En el Estado Constitucional, la teoría de las normas se articulan en tres grandes especies: las normas pueden ser encuadradas en principios, reglas y postulados. Los principios ganan fuerza normativa pues vinculan a sus destinatarios. Al lado de los principios y de las reglas, se teoriza igualmente a partir de normas que buscan regular la aplicación de otras normas, esto es, los postulados normativos. Al lado de ese cambio cualitativo, el Estado Constitucional convive con una pluralidad fragmentada de

fuentes: la forma “Código” pierde su carácter de plenitud, propio del Estado Legislativo, y pasa a desempeñar una función de centralidad infraconstitucional¹³².

Esta finalidad responde a dos fundamentos muy evidentes del Estado Constitucional: la dignidad de la persona humana y la seguridad jurídica. Y es precisamente llevando en consideración esos dos elementos que es posible visualizar aquellos dos importantes discursos que el proceso civil debe ser capaz de emprender en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de que se consustancie en un ordenamiento realmente idóneo para la tutela de los derechos. Desde el punto de vista del Estado Constitucional, el fin del proceso civil solo puede ser reconducido a la tutela de los derechos¹³³.

Para el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Política, adquiere fuerza normativa, por lo que, obliga que los jueces deben en primer lugar aplicar la Constitución frente a otras normas infraconstitucionales. Siendo así, el Juez debe aplicar el Derecho teniendo en cuenta no solo en base a las normas que contiene una Constitución, sino también en función a los valores y principios normativos que de la Constitución se infiera. Sin embargo, en materia de derecho de propiedad y en materia contractual, cuando el Juez debe resolver una controversia se debe aplicar la regla y en menor medida la excepción, cuando amerite la situación.

La tutela del derecho de propiedad se encuentra consagrada en el artículo 70 de la Constitución, en el que se informa que tiene el carácter de inviolable. Siendo así, se debe entender que la inviolabilidad viene a ser un principio, que tenga la calidad de regla general. El Juez, para resolver la controversia debe valorar más a la inviolabilidad.

b. EL DERECHO Y EL DERECHO POSITIVO

Cualquier persona que se pregunte ¿cuál es el objeto designado con la palabra derecho?, ¿qué objeto o fenómeno me represento mentalmente al utilizar la palabra derecho? obtiene como primera respuesta que con la palabra derecho se designa a las

¹³²MITIDIERO, Daniel, *La Tutela de los Derechos como Fin del Proceso Civil en el Estado Constitucional*, en Gaceta Civil y Procesal Civil, Tomo 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2014, p. 184.

¹³³ MITIDIERO, Daniel, *La Tutela de los Derechos como Fin del Proceso Civil en el Estado Constitucional*, en Gaceta Civil y Procesal Civil, Tomo 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2014, p. 186.

leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, costumbres, etc., esto es, al conjunto de normas o reglas que ordenan la convivencia del ser humano, convivencia que origina una serie de relaciones que no son las mismas en todo tiempo y lugar, ni todas son relevantes, es decir, necesarias y fundamentales¹³⁴.

En este sentido “el derecho positivo es el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad, que regulan las relaciones relevantes para la convivencia, cuya eficacia está garantizada por la posible utilización de la coacción organizada por el Estado, para lograr la realización de la justicia”¹³⁵. En otras palabras, la idea de Derecho positivo viene dada por un orden puesto por el propio ser humano mediante normas para evitar que la libre voluntad de los sujetos haga imposible la convivencia civilizada¹³⁶. El fin que pretende todo ordenamiento jurídico no puede ser otro que el de la realización de la justicia, la seguridad, el bien común y otros valores jurídicos¹³⁷.

Así el Derecho positivo, supone la existencia de normas jurídicas. Existen normas jurídicas que son imperativas, prohibitivas y dispositivas. Sin embargo, hoy en día la globalización exige que se establezcan normas jurídicas que fomenten el desarrollo de los mercados como mecanismo de la circulación de la riqueza.

c. LA LEGISLACION

La legislación es “la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente hacia el establecimiento de las normas jurídicas”¹³⁸.

d. LA LEGISLACION CIVIL

¹³⁴ TORRES VASQUEZ, Anibal, *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*, Tercera Edición, Idemsa, Lima 2006, p. 100.

¹³⁵ Ibid, p. 101.

¹³⁶ Ibid. P. 101.

¹³⁷ Ibid, p. 101.

¹³⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Grijley, Lima 2011, p. 63.

La legislación civil no es sino la producción de normas jurídicas a cargo de los órganos especializados en materia de Derecho civil. En este sentido resulta necesario entender la definición del Derecho civil.

El Derecho civil es un Derecho general, fundamental y común a todos los seres humanos, sin tener en cuenta sus condiciones personales como edad, sexo, nacionalidad, profesión o situación social, a las cuales considera solo en forma accesorio o secundaria. Mira al ser humano como tal, estimándolo individual o colectivamente organizado, que forma luego una familia, que necesita de un patrimonio para poder subsistir, el cual a su fallecimiento es transferido a sus herederos¹³⁹.

El Derecho civil en el Perú está representado positivamente por nuestro Código civil de 1984. Como se ha estudiado, en relación al tema del sistema de transferencia de la propiedad inmueble, adolece de la existencia de ciertas normas que tienen contenido que en este tiempo ya no es acorde al flujo de la transferibilidad que debe ser ágil conforme exige el mundo globalizado. Por ello, el Estado se encuentra en el deber de derribar las cortapisas que limitan la circulación de la riqueza o la circulación de la propiedad en el mercado. No contar con las limitaciones, se traduce en el abaratamiento de los costos de transacción, no solamente porque el bien que ha de transferirse tenga el beneficio de la publicidad, sino porque también implica aislar incluso aquellas exigencias que se deben cumplir por imperio de la Ley antes de materializar un contrato de compraventa por medio de una escritura pública. El Notario Público, siempre va pedir que se exhiba el cumplimiento de condiciones establecidas por las leyes tributarias, que por cierto son las más altas manifestaciones de limitaciones que conducen también a la clandestinidad de las transferencias de bienes inmuebles, o también ocurre que la celebración de contrato es por otro monto, pero que por razones de no tributar hacen aparecer en el documento otro precio inferior a lo que realmente lo ha valorado el mercado. En este sentido distorsiona el mercado, porque la información que se encuentra en la superficie y accesible a todos no es la correcta.

Si por lo menos no se va elevar en escritura pública un contrato de compraventa de bien inmueble, mucho menos tendrá la posibilidad de acceder al registro jurídico para

¹³⁹ TORRES VASQUEZ, Anibal, *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*, Tercera Edición, Idemsa, Lima 2006, p. 321.

que obtenga la muy ansiada oponibilidad frente a terceros como una manifestación más notoria e importante del ejercicio del derecho de propiedad. Sin perjuicio de lo expuesto, ahora más que nunca importa que se haga una reforma del Código civil¹⁴⁰ que haga posible la predictibilidad¹⁴¹ en el ejercicio del derecho de propiedad y otros.

¹⁴⁰ El resultado que debemos esperar de la reforma del Código Civil, no tiene que ver solo con conseguir una legislación más perfecta o más ajustada a los estándares internacionales. Tiene que hacer con cuanto ahorramos los peruanos, con cuanto incentivamos la inversión y reducimos los costos a los consumidores, con cuanto afectamos el sistema de precios.

El Código Civil puede ser condenado por la Ley de la Selección Natural. Nuestro Código Civil compete con regímenes legales de todo el mundo, y si nuestras normas no son inteligentes el sistema de selección natural nos va a discriminar de la inversión, nos va a discriminar de la incorporación al mundo, nos va a discriminar de la globalización. Si no tenemos normas que nos hagan competitivos, que nos pongan en la categoría de los inteligentes y no en la categoría de lo absurdo, no vamos a poder enfrentarnos a la competencia global. Y no queremos un Código que, como los dinosaurios se extinga y con ello extinga nuestras oportunidades. BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009, p. 146.

¹⁴¹ Nuestro modelo implica un sistema jurídico que facilite la maximización de beneficios. En un mundo donde el hombre es considerado esencialmente egoísta, esta posibilidad se ve entorpecida con la posición de quien, frente a mí, pretende lograr también como fin, la maximización de sus propios beneficios. Ello implica la existencia de un alto grado de riesgo transaccional. El intercambio implica pérdida de *status quo* con la intención de lograr uno nuevo y mejor. Pero en el camino, la dinámica me pone frente a la posibilidad de lograr uno nuevo, pero peor. Maximizar beneficios exige necesariamente maximizar el riesgo transaccional. En los negocios, quien no arriesga, pierde. Para ello, el Derecho debe conciliar el esencial conflicto de intereses que se produce en la transacción. Así, no desaparece el riesgo, pero sí se racionaliza, haciéndole predecible y con ello calculable, tanto matemática como jurídicamente. Quien toma una conducta determinada sabe cuál será la consecuencia de su acción. Quien incumple una obligación sabe que se le puede exigir judicialmente el cumplimiento y, con ello, los daños y perjuicios que su acción pudiese producir, calculados en base a criterios preestablecidos. Este es uno de los casos donde el Derecho actuará como mercado simulado. BULLARD GONZALES, Alfredo, *La Relación Jurídica Patrimonial, Reales Vs. Obligaciones*, Ara Editores, 2da Edición, Lima 2011, pp. 63 y 64.

CAPITULO VII
CONTRASTACION Y COMPARACION DE LAS HIPOTESIS EN EL
TRABAJO OPERACIONAL

- a. **Primera hipótesis específica:** Se ha planteado en esta hipótesis, que el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye positivamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, por la confianza existente entre los intervinientes. Sobre el particular, se ha constatado, de acuerdo a los datos analizados, que los jueces en las materias de reivindicación y mejor derecho de propiedad, declaran fundadas las demandas siempre que los demandantes acrediten, fundamentalmente, la propiedad mediante títulos formales, es decir, consideran que tienen mayor fiabilidad los títulos que se encuentran inscritos en el registro jurídico.

La consensualidad implica la celebración de contratos de manera clandestina, de modo que la información de la transferencia no es conocida socialmente, por lo que el respeto de los terceros no es realmente predecible, porque desconocen sobre la existencia de un derecho de propiedad. Obviamente la confianza es importante para la celebración de un contrato de compra venta con efectos reales, que únicamente es conocido entre los intervinientes, agotándose hasta allí la injerencia de la confianza. De confianza en confianza si se realizan las

transferencias de modo consensual se pierde la historia objetiva de la cadena de transmisiones, de forma que para las futuras transmisiones ya no generarán confianza, porque no se sabrá si el vendedor es propietario o simplemente poseedor. En este sentido, la confianza puede ser importante para la primera transferencia, pero para las posteriores transmisiones pierde completa trascendencia, porque socialmente ya no será racionalmente aceptable. Sin perjuicio de lo señalado, en el Perú se ha advertido que no ha mejorado socialmente la cultura registral, por falta de una política de difusión a todos los estratos sociales existentes, debiendo darse con mayor influencia en los estratos donde no han llegado de manera contundente la educación sobre la importancia que implica la inscripción en el registro jurídico de un derecho de propiedad de bien inmueble. Si se quisiera que todos los actores económicos de intercambios inmobiliarios, puedan inscribir sus derechos de propiedad, tendría que establecerse una modificación legislativa que haga que el modo se traduzca en la inscripción registral, de forma tal que todos para proteger sus derechos de propiedad frente a terceros realicen las gestiones pertinentes para lograr la inscripción en el registro jurídico de la propiedad inmueble. Será difícil lograr, por lo menos en la mayoría de la población peruana, la cultura registral a través de la difusión, porque es una sociedad cuyos habitantes no se han acostumbrado todavía a realizar actividades de esta naturaleza de manera espontánea. Por ello, la Constitución también ha establecido el voto obligatorio para el uso del derecho político de los ciudadanos peruanos. Es la idiosincrasia del ciudadano peruano.

- b. Segunda hipótesis específica:** En esta hipótesis se ha formulado que, el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los Juzgados Civiles de Huamanga, por la generación de altos costos de transacción. Efectivamente, ha quedado demostrado de acuerdo a los datos analizados, que para el Poder Judicial genera altos costos de transacción cuando se les pone a consideración conflictos judiciales sobre derechos de propiedad de bienes inmuebles cuando no se encuentran debidamente formalizados e identificados, puesto que la carga va ser innecesaria, por cuanto va ser imposible que el Juez reconozca o declare la propiedad si las partes no acreditan tal situación jurídica mediante títulos

formales; de igual modo, para las partes que reclaman el goce efectivo de sus derechos de propiedad en base a títulos no formalizados, sufren el incremento de los costos de transacción, porque no van a lograr de modo absoluto que el Juez les reconozca el derecho de propiedad del que gozarían. Para probar la existencia de un derecho de propiedad, conforme a la Jurisprudencia Nacional, en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad, se requiere de un elemento objetivo que revele dicha situación jurídica, en orden de prelación: 1.- En primer lugar se preferirá si la propiedad se encuentra inscrita en el registro jurídico frente a otros documentos; 2.- En segundo lugar se preferirá al documento de fecha cierta más antiguo, en defecto del primero. Pues, sobre la posibilidad de resolver el conflicto sobre la base de la consensualidad la norma no prevé absolutamente ninguna fórmula. En consecuencia, la consensualidad en materia de transferencia de la propiedad inmueble, genera altos costos de transacción, que afectan a la administración de justicia y a los adquirentes que lo hacen en virtud del artículo 949 del Código Civil.

Adicionalmente, a lo largo de la exposición del presente trabajo, se ha logrado explicar que la transferencia consensual por medio de contrato de compra venta, sobre la propiedad predial, genera altos costos de transacción, porque no garantiza la existencia de información cognoscible para conocer sobre la titularidad y las características del bien materia de transmisión. El hecho de que el adquirente indague sobre la titularidad del bien teniendo en cuenta la clandestinidad de la información genera un alto costo de transacción, pues no se podrá saber cuál es la fuente del derecho de propiedad que aparentemente le asiste al que dispone el bien, habrá la posibilidad de entender también que el aparente propietario vendedor puede ser simplemente un poseedor. Tampoco se tiene certeza sobre las características del bien, sus medidas perimétricas y colindancias, de no tener definición física. En conclusión no hay definición del derecho de propiedad, esto es, al adquirirse de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, quedará revestido bajo una situación jurídica inconclusa, porque no goza de la oponibilidad frente a terceros. La clandestinidad resulta ser contraria a la publicidad que debe gozar un derecho de propiedad, más aún si se trata de un derecho de propiedad predial. La publicidad significa formalización de un derecho de propiedad inmueble, situación que implica que el movimiento

económico en base a transferencias inmobiliarias se haga con informaciones cognoscibles por todos los agentes económicos, de forma que el mercado funcionará de la manera más perfecta posible, sin riesgos posteriores. El flujo de la circulación de la riqueza será más rápido, porque la indagación de la titularidad y de las características del bien se hará fiándose de la seguridad que brinda el registro jurídico. Estas aseveraciones tienen como fuente a la Constitución Política del Estado, porque el Plan de Acción Económico que entraña es la economía de mercado, por lo que, es imperativo que se creen normas orientadas a proteger la propiedad privada, para que tenga efectos reales frente al Estado mismo y a todos; y, de esta forma, el Estado garantiza la creación de la riqueza. Desde que el derecho de propiedad sea oponible frente a terceros el propietario será el que introduzca las inversiones necesarias para que explote de la manera que mejor le convenga, sin la presencia de ninguna clase de intromisión. La protección frente a terceros no solamente se obtendrá con la posesión que es una forma de publicidad, sino con la inscripción en el registro jurídico. La posesión puede ser ejercida por un no propietario, por lo tanto, no garantiza la titularidad jurídica del bien. La inscripción si garantiza la titularidad del bien, porque además no se puede inscribir un derecho de posesión propiamente dicho. Complementariamente, la Política Económica responde a la influencia de la globalización, que exige que la creación de la riqueza radica en el comercio cuyo escenario abstracto es el mercado. A mayor comercio habrá mayor circulación de la riqueza. A mayor circulación de la riqueza mayor creación de la riqueza, que se manifiesta en el progreso económico de un país.

- c. **Tercera hipótesis específica:** Se ha establecido en esta hipótesis, que el factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye positivamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga, por carecer de publicidad que permita ser conocido por los demás. Efectivamente, de acuerdo a los datos analizados, los jueces, han declarado de modo adverso a los propósitos de los demandantes (improcedente o infundada), básicamente porque no han acreditado sus derechos de propiedad con títulos formales; asimismo, las demandas fueron declaradas fundadas, porque los demandantes han acreditado su derecho de propiedad mediante títulos formales, es decir, títulos de propiedad que están debidamente inscritos en el registro jurídico. En conclusión, los títulos

de propiedad que acreditan los derechos de propiedad, preponderantemente, en la tramitación de los procesos de mejor derecho de propiedad, son los que han obtenido la oponibilidad erga omnes, en virtud a la inscripción en el registro jurídico correspondiente.

La transferencia consensual de la propiedad predial resulta ser negativa, porque supone la celebración de contratos clandestinos al no producir la publicidad requerida para que el ejercicio del derecho de propiedad del adquirente sea oponible frente a terceros; asimismo, el efecto nocivo también radica en el traslado del riesgo de la destrucción o pérdida del bien al adquirente en el momento mismo de la celebración del contrato, situación que no brinda seguridad jurídica.

CAPITULO VIII
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y APORTE CIENTIFICO DEL
INVESTIGADOR

8.1 CONCLUSIONES:

1. Ha quedado demostrado que la prueba idónea para demostrar el ejercicio de la propiedad predial es el título de propiedad que se encuentra inscrito en el registro jurídico correspondiente, dejando atrás la equivocada norma que enarbola la bandera de la consensualidad. En el mundo real es imposible adivinar que alguien sea propietario si no cuenta con la prueba inequívoca del derecho de propiedad, por ello, es que los jueces exigen fundamentalmente que las partes acrediten la propiedad por medio de títulos formales.
2. Ha quedado demostrado que la consensualidad incrementa los costos de transacción, ya sea a nivel jurisdiccional, porque al Juez se le da la difícil tarea de adivinar que alguien sea propietario de un predio si no cuenta con un título formal o por lo menos si no cuenta con documento de fecha cierta que contenga información fiable y cierta sobre la individualización del bien; en todo caso, el Juez podría ordenar la actuación de pruebas de oficio para determinar el derecho de propiedad, encareciendo aún más los costos de transacción. También, hay un incremento de los costos de transacción cuando las decisiones jurisdiccionales son impredecibles. Obviamente, las decisiones jurisdiccionales son

impredictibles, si una controversia en materia de propiedad, se resuelve en base a informaciones no reconocibles.

3. Está demostrado que en materia de reivindicación y mejor derecho de propiedad, los jueces han resuelto, teniendo en consideración preponderantemente, la acreditación de los títulos de propiedad mediante títulos formales, es decir, mediante títulos que tienen oponibilidad erga omnes por haberse inscrito en el registro jurídico. En este sentido, la publicidad otorga mejor posición de propietario a alguien, porque el goce del derecho de propiedad resulta exclusivo y excluyente frente a los demás.
4. Siendo las cosas así, el consensualismo no es social, económico ni jurídicamente conveniente, porque a medida que los mercados han venido evolucionando, está quedando en completo desuso, que al ser materia de modificación en la legislación va apuntar a la real protección del derecho de propiedad, a su publicidad y a la reducción de los costos de transacción en la circulación de la riqueza inmobiliaria.
5. La transferencia del derecho de la propiedad predial tal como se encuentra planteada en nuestro Código Civil, es un tema que debe ser analizado a nivel doctrinario y legislativo para que la normatividad que la regula sea la más adecuada conforme al plan de acción económico establecido en la Constitución Política del Estado peruano. La protección del derecho de propiedad tiene capital importancia en los países que creen que el bienestar general radica en el funcionamiento del mercado, por ello, la creencia actual es que su protección debe estar revestida de la seguridad jurídica y de la oponibilidad, que permita el ejercicio exclusivo y excluyente frente a los demás sin que exista la posibilidad de injerencia alguna.
6. La protección del derecho de propiedad, necesariamente debe tener alcance a la autonomía privada, como aquella manifestación viva que entraña el ejercicio de uno de los poderes del derecho de propiedad, esto es, el de la disposición, con el firme propósito de colocar en el mercado el bien materia de transferencia. La autonomía privada en el campo contractual se traduce en la libertad de contratar y en la libertad contractual. A través del poder de la autonomía privada es que sin la injerencia de cualquier elemento extraño el propietario decide ofertar su bien en el mercado. Siendo así, el mercado debe ser tal que genere confianza y seguridad en las transacciones, a través de la información accesible a favor de

los potenciales adquirentes. En el extremo de bienes muebles la publicidad asociada a la información radica principalmente en la posesión, por lo tanto, una vez entregado el bien al comprador o adquirente, éste se convierte en el incuestionable propietario. El problema radica cuando se trata de la información de un bien inmueble que esté dentro de los planes de ser transferido y de ser recibido, por los agentes económicos que intervienen en la celebración del contrato. La posesión no es suficiente para tener entera certeza sobre la titularidad del bien inmueble. La titularidad debe ser demostrado a través de un título que se encuentre debidamente publicitado en un registro jurídico que por ley esté reconocido como tal.

7. Está demostrado a través de los diferentes estudios hechos en materia de transferencia del derecho de propiedad, que la publicidad es la mejor forma para el perfeccionamiento de la transferencia que presupone necesariamente la existencia de un título. Tanto la posesión como la inscripción en el registro jurídico del bien producen publicidad. La posesión es la mejor forma de publicidad que se cuenta cuando de transferencia de bienes muebles se trata. En tanto que la inscripción registral es la mejor forma de publicidad cuando se trata de la transferencia del derecho de propiedad de un bien inmueble. En este orden de ideas, cabe solamente que el país tome una decisión, con la finalidad de tener propiedades inmuebles debidamente formalizadas.
8. El hecho de que el país tome la decisión de cambiar la legislación en materia de transferencia de bien inmueble, implica cambiar también, el esquema de la instrumentalización de los contratos, porque la instrumentalización por escritura pública entraña un costo de transacción innecesario. El Registro de Escrituras Públicas resulta estar por demás si existe un registro jurídico que inclusive otorga publicidad. Sería suficiente un contrato instrumentalizado sólo por escrito, pero con firmas legalizadas por Notario Público o por cualquier Funcionario Público, como puede ser un Juez de Paz o el mismo Registrador Público; si se tratara de un bien inmueble que inicialmente fue materia de formalización, pueden ser legalizadas las firmas por el Jefe Zonal de un departamento del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal o de la dependencia del Gobierno Regional, según se trate de predio urbano o rural.
9. Finalmente, una vez que se introduzcan normas que flexibilicen o produzcan la reducción de los costos de transacción, se debe mejorar el servicio de

la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, implementando la calidad con el que se debe atender a los usuarios o administrados a fin de que a éstos les sea fácil la indagación de los antecedentes dominiales del bien que ha de transferirse, sin más espera que lo necesario como para que el mercado opere con la rapidez posible. Se deben suprimir los procedimientos innecesarios, incluso rebajando los costos de indagación. Existen muchas circunstancias que hacen que también la tramitación para la indagación e inscripción registral se tornen burocráticos. Este tema sería un tema de otro estudio para establecer cuáles son los procedimientos que se deben cambiar a nivel registral. El mejoramiento del servicio también debe radicar en que la publicidad del catastro que administra Registros Públicos debe ser de fácil accesibilidad para tener certeza de la existencia en el espacio del bien y de su determinabilidad como requisito para la validez del acto jurídico de transmisión.

8.2 RECOMENDACIONES:

1. Modificar el artículo 949 del Código Civil, puesto que conforme se ha explicado extensamente en líneas anteriores, no resulta funcional para que la transferencia de bien inmueble se haga de manera ágil, presuponiendo una indagación en base a la información fiable que brinde los Registros Públicos. Es decir, con la derogación del artículo en cuestión, la consecuencia es que va desaparecer de nuestro Ordenamiento Jurídico el fenómeno de la consensualidad, dando lugar naturalmente a la implantación de una figura jurídica que ayude contundentemente a la fácil transferibilidad del bien inmueble y a la existencia de la oponibilidad erga omnes de la que debe gozar el ejercicio del derecho de propiedad predial. De igual modo, se debe formar una Comisión Revisora del Código Civil, para el extremo relacionado al presente trabajo, para plantear una norma jurídica acorde a las exigencias que el mundo globalizado impone, también para establecer la posibilidad de derogar y modificar determinadas normas que se han contemplado para atemperar de alguna manera el artículo 949, como son por ejemplo los artículos 1135 y 2014 del Código Civil, ergo si tampoco va tener funcionalidad cuando se modifique el artículo 949.
2. Establecer la inscripción registral constitutiva de la transferencia de la propiedad predial, situación que necesariamente va implicar que todos los demás derechos

reales, excepto el de la posesión, para que sean eficaces jurídicamente deberán también inscribirse en el registro jurídico. Particularmente, para la inscripción constitutiva de la transferencia de la propiedad predial, previamente, deberá estar representado gráficamente en un plano el inmueble con sus colindancias, medidas perimétricas y área. Es más, aquellos inmuebles que no tienen planos para su identificación deben ser materia de saneamiento físico, debiendo ser prioridad para su implementación por parte del Estado a través del establecimiento de una Política de Estado, dotando de presupuesto en base a un estudio exhaustivo que permita una labor eficiente. Dichas informaciones gráficas deben ser sistematizadas y administradas por una sola entidad, que obviamente deben recaer en la SUNARP. Además, deben estar integradas en base a un solo sistema de georeferenciación para evitar las superposiciones gráficas, que también constituyen obstáculos para la transferibilidad del bien, por cuanto significa que afecta la determinabilidad e identificación precisa de la propiedad predial.

3. Complementariamente a la instauración del sistema registral alemán, en cuanto se refiere a la transferencia de la propiedad inmueble, el Estado como promotor del progreso económico debe realizar campañas dirigidas a la población de concientización de la importancia que implica inscribir un derecho de propiedad de bien inmueble que fue adquirido por cualquier medio lícito para su ejercicio libre y oponible. Sin embargo, la SUNARP ha estado realizando con el apoyo de otras reparticiones públicas vinculadas a su función, como es COFOPRI, los gobiernos regionales y otros, de manera limitada y tímida, sin tener eco como debiera ser. En este sentido, debe dotarse de una partida presupuestaria para masificar la importancia a través de todos los medios masivos de comunicación y a través de charlas a todos los sectores socioeconómicos. Pues, el hecho de publicar la norma que modifique el artículo 949 del Código Civil y de los artículos conexos, no resulta suficiente por entrañar temas que no son manejables por todos.
4. La implementación de la inscripción registral constitutiva de la transferencia de la propiedad predial, deberá tener un soporte que sustente la presunción iure et de iure que el registro informe como cierto, esto es, como si tuviera la calidad de cosa juzgada, no obstante a la eventualidad de alguna realidad extraregistro. El soporte radica principalmente en la creación de un seguro obligatorio de

transferencia de bienes inmuebles, para resarcir económicamente a aquél que en la realidad esté sufriendo algún efecto pernicioso patrimonialmente hablando.

8.3 APORTE CIENTIFICO DEL INVESTIGADOR:

El aporte científico del investigador radica principalmente en el planteamiento de un proyecto de Ley que permita la modificación del sistema de transferencia de la propiedad predial. La modificación del sistema de transferencia implica la derogación del artículo 949 y de otras normas que se encuentran conexas y la creación de la norma o normas que contemplen la inscripción constitutiva de la transferencia de la propiedad predial; con el aditamento necesario, que para que ocurra la modificatoria el Estado peruano deberá financiar presupuestariamente la ejecución de la modificación.

8.3.1 PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- Modifíquese el artículo 949; y deróguense los artículos 1135 y 2014 del Código civil.

Artículo 2º.- Establecer el texto del artículo 949 del Código civil de la siguiente manera “La transferencia de propiedad de un bien inmueble determinado se efectúa con la inscripción en el registro de la propiedad inmueble del acto de disposición, de acuerdo a las normas registrales vigentes. La inscripción registral genera la inexistencia de terceros indeterminados, respecto a la titularidad del bien a favor del adquirente, salvo disposición legal diferente”.

Artículo 3º.- Para la implementación de la modificatoria del artículo 949 del Código civil, se ampliará el presupuesto al Ministerio de Justicia, en un diez por ciento, a efectos de que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos realice las acciones correspondientes al mejoramiento de sus servicios en relación al Registro de la Propiedad Inmueble y la adquisición de bienes tecnológicamente avanzados para realizar el saneamiento de las superposiciones gráficas que hubieren que permita el manejo de una información catastral confiable y eficiente. El presupuesto también será destinado para la contratación de personal que demande el cambio del sistema de transferencia de la propiedad predial.

Artículo 4°.- El Ministerio de Justicia deberá reglamentar en el plazo de 90 días el artículo 3° de la presente Ley.

XI. BIBLIOGRAFIA

1. MESINAS MONTERO, Federico G. y MURO ROJO, Manuel, *Código Civil Comentado, Comentan 209 Especialistas en las diversas Materias del Derecho Civil*, Tomo V, *Derechos Reales*, Gaceta Jurídica, 3ra Edición, Lima 2010.
2. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006.
3. GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *Derechos Reales*, Ediciones Legales, 2da Edición, Lima 2009.
4. DIEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid 1996.
5. BULLARD, Alfredo, *La Relación Jurídico Patrimonial*, ARA Editores, 2da Edición, Lima 2011.
6. RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales*, Tomo II, *Propiedad y Copropiedad*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004.
7. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo I, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2001.
8. AVENDAÑO ARANA, Francisco, *Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de la propiedad, Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volumen II, Palestra Editores, Lima 2008.
9. BULLARD GONZALES, Alfredo, *Derecho y Economía*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2009.
10. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009.
11. GARCIA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2008.

12. GONZALES LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales*, Palestra Editores, Lima 2007, p. 320.
13. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Jurista Editores, Lima 2010, p. 205.
14. MORALES ACOSTA, Alonso, *Asimetría Informativa, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Responsabilidad Civil III, Responsabilidad Civil y Administrativa por Daños al Consumidor*, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 94.
15. TORRES VASQUEZ, Anibal, *Teoría General del Derecho*, Idemsa, 3ra Edición, Lima 2006.
16. ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de Titulación de la Propiedad*, Palestra Editores, Lima 2004.
17. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La Publicidad Registral*, Palestra Editores, Lima 2004.
18. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo I, Contratos Parte General, Contratos Nominados*, Gaceta Jurídica, Lima 2006.
19. GONZALES BARRON, Gunther, *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, Jurista Editores, 2da Edición, Lima 2008.
20. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima 2002.
21. FERRI, Luigi, *Lecciones sobre Contrato*, Grijley, 1ra edición en castellano, Lima 2004.
22. RAMIREZ CRUZ, Eugenio M., *Tratado de Derechos Reales, Tomo I, Teoría General de los Derechos Reales, Bienes, Posesión*, Editorial Rodhas, 2da Edición, Lima 2004.
23. DE SOTO, Hernando, *El Misterio del Capital*, Editorial Planeta Colombiana S.A., Bogotá 2004.
24. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Rosch, Casa Editorial, S.A., 9na Edición, Barcelona 1980.
25. TORRES VASQUEZ, Anibal, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Tomo I, Séptima Edición*, IDEMSA, Lima 2011.
26. VIDAL RAMOS, Roger, *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano, en el Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima 2011.
27. OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, *La compraventa y la distinción entre contratos con efectos reales y con efectos obligatorios, en Diálogo con la jurisprudencia N° 138 marzo 2010 año 15*, Gaceta Jurídica, Lima 2010.
28. GUTIERREZ CAMACHO, WALTER, *Iniciativa privada y economía social de mercado, en Constitución comentada, análisis artículo por artículo, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país, Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima 2005.
29. COLLAZOS CERRON, Jesús; COLLAZOS BELTRAN, Jorge; Y COLLAZOS BELTRAN, Francisco, *Estructura económica mundial, medioambiente y desarrollo sostenible*, San Marcos, Lima 2010.
30. MORRIS GUERINONI, Felipe, *La Formalización de la propiedad en el Perú, Develando el Misterio*, Auspiciado por COFOPRI y el Banco Mundial, Lima 2004.
31. HUERTA AYALA, Oscar, *Afectación del derecho de propiedad en el saneamiento de predios estatales, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 146, noviembre 2010, año 16*, Gaceta Jurídica, Lima 2010.

32. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Jurista Editores, Primera Edición, Tercera en el Perú, Lima 2010.
33. MORALES ACOSTA, Alonso, *El Patrimonio Social, Capital y Aporte, en Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Lima.
34. MEJIA VALERA, José, *Sociología del Derecho*, Gráfica Horizonte, Lima 2002.
35. VASQUEZ RIOS, Alberto, *Derechos Reales, Tomo I*, Editorial San Marcos, Cuarta Edición, Lima 2011.
36. *Historia Universal, tomo 17, El siglo XIX en Europa y Norteamérica*, Salvat Editores, Lima 2005.
37. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, Segunda Edición, José María Bosch Editor. S.A, Barcelona 1984.
38. SHANE J. HUNT, *La formación de la economía peruana, Distribución y crecimiento en la Historia del Perú y América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Banco Central de Reserva del Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2011.
39. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *De la propiedad, en la Constitución comentada, análisis artículo por artículo, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, Gaceta Jurídica, Lima 2005.
40. GONZALES BARRON, Gunter Hernán, *La propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con proyección social, en el Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, Gaceta Jurídica, Lima 2009.
41. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato Ley*, Gaceta Jurídica, Lima 1997.
42. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción a la Teoría del Contrato*, Tomo I, 5ta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1996.
43. VASQUEZ VARAS, Carol Patricia, *La oponibilidad erga omnes y el derecho de propiedad inmueble, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 161, febrero 2012, año 17*, Gaceta Jurídica, Lima 2012.
44. MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010.
45. TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo I, Séptima Edición, IDEMSA, Lima 2011.
46. OJEDA GUILLEN, Luis Fernando, *La compraventa y la distinción entre contratos con efectos reales y con efectos obligatorios, en Diálogo con la jurisprudencia N° 138 marzo 2010 año 15*, Gaceta Jurídica, Lima 2010.
47. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREIRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra Editores, Lima 2008.
48. FLINT, Pinkas, *Manual del agente inmobiliario*, Instituto de Alta Gerencia y Grijley, Lima 2009.
49. MEJORADA CHAUCA, Martín, *Fundamentos de la tutela de los derechos adquirentes de buena fe, en Estudios sobre la propiedad*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2012.
50. TORRES VASQUEZ, Anibal, *Teoría General del Contrato*, Tomo I, Pacífico Editores, Lima 2012.
51. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, edición, traducción y notas de LEYSSER L. LEON*, Grijley, Lima 2004, 2da Edición, Casa Editora Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, Jovene 1969.
52. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo I, Palestra Editores, 2da Edición, Lima 2001.

53. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo I, 7ma Edición, Zavallia, Buenos Aires 2004.
54. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Curso de Derechos Reales, Propiedad y Posesión*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1986.
55. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Grijley, Lima 2011.
56. MITIDIERO, Daniel, *La Tutela de los Derechos como Fin del Proceso Civil en el Estado Constitucional*, en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2014.
57. LEDESMA NARVAEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, 3ra Edición, Lima 2011.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO:
RESPONSABLE:

LA TRANSFERENCIA CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD PREDIAL EN LA LEGISLACION CIVIL PERUANA
WUILLIAM INFANTE CISNEROS

PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL ¿Qué factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influyen en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS 1. En qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga? 2. ¿ En qué nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga? 3. ¿ En qué nivel el factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Identificar qué factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influyen en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS 1. Determinar en qué nivel el factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga. 2. Determinar en que nivel el factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga. 3. Determinar en que nivel el factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga.</p>	<p>-Estudio de legislación nacional y comparada del derecho de propiedad y la propiedad predial.</p> <p>-Estudio de la doctrina nacional e internacional del derecho de propiedad y la propiedad predial.</p> <p>-Análisis histórico y comparativo de las instituciones involucradas en los sistemas de transferencia de la propiedad predial.</p> <p>-Análisis histórico y comparativo de los sistemas registrales involucrados en los sistemas de transferencia de la propiedad predial.</p> <p>- Jurisprudencia nacional y SUNARP.</p>	<p>HIPOTESIS: Los factores de la transferencia consensual de la propiedad predial influyen negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga.</p> <p>HIPOTESIS SECUNDARIAS: 1.- El factor social de la transferencia consensual de la propiedad predial influye positivamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga. 2.- El factor económico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga. 3.- El factor jurídico de la transferencia consensual de la propiedad predial influye negativamente en las decisiones de los juzgados civiles de Huamanga.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL Variable Independiente (X) X1. La transferencia consensual de la propiedad predial. Indicadores: - Social - Económico - Jurídico</p> <p>Variable Dependiente (Y) Y1. Las decisiones del Juzgado Civil de Huamanga Indicadores: - Publicidad - Seguridad - Transferibilidad</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS X1. Factor social Indicadores: - Globalización - Realidad social - Información</p> <p>X2 Factor económico Indicadores: - Política económica - Costo de transacción - Frecuencia de transacciones</p> <p>X3 Factor jurídico Indicadores: - Oponibilidad - Seguridad Jurídica - Función legislativa - Administración de justicia</p>	<p>- Tipo de Investigación Básica</p> <p>- Nivel de Investigación -Descriptivo -Causal</p> <p>- Método -Inductivo -Deductivo -Histórico -Comparativo</p> <p>- Técnicas de Recolección de Información -Documental -Cuestionario</p> <p>- Instrumentos -Fichas bibliográficas -Registro</p> <p>- Fuentes -Bibliográficas -Normas -Tratados -Docentes -Investigadores -Expedientes judiciales.</p>