

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL PROPIETARIO EN UN
SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES**

TESIS PARA OBTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : Bach. Luis José Che Esquerre.

ASESOR : Dr. David Florián Vigo.

TRUJILLO – PERÚ

2016

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a mis abuelos, a mis padres, y a mis hermanos, por el constante apoyo brindado a lo largo de todos estos años de estudio. Gracias por su esfuerzo, sacrificio y apoyo incondicional para el logro de mis metas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecirme, llenándome de fuerzas para la realización de cada uno de mis objetivos.

A mis abuelos Javier y Juana por las enseñanzas y todo el cariño brindado, y a mis abuelos Marcelino y Dora quienes descansan a lado de DIOS y están orgullosos de mis logros.

De igual modo deseo agradecer a mis padres Ito y Fanny, por el amor brindado y el apoyo continuo a lo largo del proceso de mi realización personal y profesional; también a mis hermanos Javier, Alfredo y Bullet, por estar presentes en todo momento, y, a mi asesor David Florián Vigo por su tiempo, las enseñanzas y conocimientos que fueron fundamental en este trabajo.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Presente.-

LUIS JOSE CHE ESQUERRE, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, en cumplimiento con las exigencias contenidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, para obtener el Título profesional de Abogado, pongo a su disposición la presente investigación titulada: **LA SEGURIDAD JURIDICA DEL PROPIETARIO EN UN SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES.**

Esperando que la misma, cumpla con las expectativas de todos ustedes, reuniendo los requisitos necesarios para su oportuna aceptación

Aprovecho la oportunidad para expresarles los sentimientos de mi consideración y estima personal.

Dr. David Florián Vigo
ASESOR

Luis José Che Esquerre
Bachiller en Derecho y
Ciencias Políticas

Trujillo, Octubre del 2016

RESUMEN

La presente tesis se ha denominado “La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles”, y se encuentra orientada a determinar si la implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú garantizará la seguridad jurídica del propietario.

Para cumplir con dicho objetivo se ha realizado un análisis doctrinario y legislativo, además de haber realizado entrevistas. Se han empleado los métodos lógicos y jurídicos como el doctrinario y la hermenéutica jurídica, con el objetivo de analizar cada variable e interpretar las normas y principios del ordenamiento jurídico en materia de derecho constitucional, civil y registral, apoyándonos en las opiniones más relevantes de la doctrina.

A través de la presente investigación se logró determinar y concluir que la implementación de un sistema dual en la transferencia de inmuebles si garantizará la seguridad jurídica de los propietarios.

Además al concluir el presente trabajo se ha propuesto una modificación legislativa del artículo 949, estableciendo que los inmuebles registrados sean transferidos mediante el sistema constitutivo no convalidante; y, los inmuebles no registrados se sigan transfiriendo con el sistema consensual como actualmente lo señala nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello con la finalidad de que ésta sea atendida en su oportunidad.

ABSTRACT

This thesis has been called "the legal security owner in a dual system of transfer of property" and is aimed at determining how to implement a dual system of transfer of real property in Peru guarantees legal security owner.

To meet this objective has made a doctrinaire and legislative analysis, in addition to having conducted interviews. I have been used logical and legal methods as doctrinaire and legal interpretation, in order to analyze each variable and interpret the rules and principles of law in constitutional, civil and registry law, relying on the most relevant opinions of the doctrine.

Through this investigation it was determined and conclude that the implementation of a dual system in the transfer of property guarantees the legal security of the owners.

In addition to concluding this investigation have proposed a legislative amendment to Article 949, stating that the registered property must be transferred by not validated - constitutive system; and unregistered properties continue transferring the consensual system as currently noted by our legal system. All this in order that it be served at the time.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO	III
PRESENTACIÓN.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
CAPITULO I EL PROBLEMA.....	1
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	2
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	4
3. HIPOTESIS	5
4. VARIABLES.....	5
5. OBJETIVOS	5
6. JUSTIFICACIÓN	6
7. ANTECEDENTES	7
CAPITULO II MARCO TEÓRICO.....	9
TITULO I	10
DERECHOS REALES.....	10
1. CONCEPTO	10
2. ELEMENTOS	11
3. CARACTERÍSTICAS.....	11
TITULO II	12
DERECHO DE PROPIEDAD	12
1. CONCEPTO	12
2. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	14

2.1. Teoría de la Ocupación	14
2.2. Teoría del Trabajo	15
2.3. Teoría de la Ley.....	15
2.4. Teoría del Contrato Social.....	15
2.5. Teoría de la Función Social.....	16
3. CARACTERES	16
3.1. Real.....	17
3.2. Absoluto	17
3.3. Abstracto	17
3.4. Exclusivo	18
3.5. Perpetuo.....	18
3.6. Independencia.....	19
3.7. Elasticidad	19
4. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	19
4.1. Facultades Materiales	19
a) Facultad de uso	19
b) Facultad de goce	20
c) Facultad de disposición material.....	21
4.2. Facultades Jurídicas.....	21
a) Facultad de disposición jurídica.....	21
b) Facultad de reivindicación	22
c) Facultad de poseer	22
5. FUNCIONES DE LA PROPIEDAD	23
5.1. Función Social.....	23
5.2. Función Económica	25

5.3. Función Ambiental.....	26
6. LIMITACIONES O RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD	
.....	26
6.1. El ejercicio abusivo del derecho de propiedad	27
6.2. Restricciones legales de la propiedad	28
6.3. Restricciones convencionales de la propiedad.....	30
TITULO III	31
DERECHO DE PROPIEDAD INMUEBLE	31
1. CONCEPTO	31
2. CARACTERES	33
3. RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD PREDIAL	33
3.1. Restricciones de Derecho Administrativo	34
3.2. Limitaciones Por Razón De Vecindad	35
3.3. Otras restricciones a la propiedad inmueble	38
TITULO IV.....	39
SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE	39
1. ASPECTOS GENERALES	39
2. CONCEPTO	39
3. REQUISITOS	40
4. FINALIDADES	41
5. CLASIFICACIÓN	43
5.1. Sistemas Clásicos de transferencia de la propiedad	43
a) Sistema Romano	43
b) Sistema Alemán.....	45
c) Sistema Francés	46

5.2. Sistemas Contemporáneos de transferencia de propiedad.....	48
5.2.1. Sistema de la Unidad del Contrato	48
a) Sistema transmisivo de causa única:.....	48
b) Sistema Transmisivo de la Doble Causa:	50
b.1. Sistema de la unión o yuxtaposición del título y el modo ..	51
b.2. Sistema Registral Constitutivo no Convalidante	52
5.2.2. Sistema de la Separación del Contrato.....	53
6. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE	55
TITULO V.....	58
SEGURIDAD JURÍDICA	58
1. ASPECTOS GENERALES	58
2. CONCEPTO	60
3. NATURALEZA DE LA SEGURIDAD JURIDICA.....	62
3.1. Como Fin.....	62
3.2. Como Valor	62
3.3. Como Principio	63
4. ELEMENTOS DE LA SEGURIDAD JURIDICA	65
5. ASPECTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	66
5.1. Aspecto Objetivo	66
5.2. Aspecto Subjetivo.....	67
6. ORGANOS DEL ESTADO ENCARGADOS DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURIDICA.....	68
7. IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA.....	70
8. FUNDAMENTACION DE LA SEGURIDAD JURIDICA.....	70
9. FUNDAMENTOS INDIRECTOS	71

9.1. El Principio del Estado De Derecho.....	71
9.2. El Principio del Estado Social De Derecho.....	72
TITULO VI.....	72
LA SEGURIDAD JURIDICA DEL PROPIETARIO DE BIENES	
INMUEBLES	72
1. ASPECTOS GENERALES	72
2. CONCEPTO	73
3. CLASIFICACION	74
4. SEGURIDAD JURIDICA ESTATICA Y DINAMICA	75
a) Seguridad Jurídica Estática.....	75
b) Seguridad Jurídica Dinámica	76
5. POSTURA RESPECTO A LAS DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD	
JURIDICA.....	77
6. APUNTE FINAL	79
TITULO VII.....	79
LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU Y LA	
SEGURIDAD JURIDICA	79
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	79
2. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU	80
3. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES PERUANO.....	83
4. ANALISIS DE NUESTRO SISTEMA CONSENSUAL Y LA SEGURIDAD	
JURIDICA.....	85
4.1. Beneficios.....	86
4.2. Desventajas.....	87
5. LA INSCRIPCION EN NUESTRO SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE	
INMUEBLES.....	92

TITULO VIII	93
EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE .	93
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	93
2. ANTECEDENTES	94
3. EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES	98
4. FUNDAMENTOS PARA MANTENER NUESTRO SISTEMA CONSENSUAL.....	101
5. FUNDAMENTOS PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA CONSTITUTIVO NO CONVALIDANTE PARA LOS INMUEBLES REGISTRADOS	105
CAPITULO III METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	110
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	111
1.1. Por su finalidad.....	111
1.2. Por su alcance.....	111
2. MATERIAL	111
3. METODOS	111
3.1. Métodos Lógicos	111
3.1.1. Método Científico.....	111
3.1.2. Analítico.....	112
3.1.3. Sintético.....	112
3.2. Métodos Jurídicos	112
3.2.1. Doctrinario	112
3.2.2. Hermenéutica Jurídica.....	112
4. TECNICAS	113
4.1. Fotocopiado.....	113
4.2. Fichaje	113

4.3. Análisis De Contenido	113
4.4. Entrevistas.....	113
5. INSTRUMENTOS	113
5.1. Fotocopia.....	113
5.2. Fichas	113
5.3. Protocolo De Contenido.....	114
5.4. Guía de Entrevista	114
CAPITULO IV PRESENTACION DE RESULTADOS	115
SUBCAPITULO I.....	116
IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DUAL EN LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES Y LA SEGURIDAD JURIDICA	116
1. FUNCIONAMIENTO Y JUSTIFICACION DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DUAL EN LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES.....	116
2. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DUAL.....	118
2.1. Respecto a la falta de cultura registral.....	119
2.2. Respecto a los costos de acceso al registro.....	120
3. LA SEGURIDAD JURIDICA DEL PROPIETARIO EN EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES	125
3.1. Respecto a lograr una eficiente oponibilidad	125
3.2. Respecto al ejercicio pleno del derecho de propiedad	128
4. APUNTE FINAL	128
SUBCAPITULO II.....	130
DE LAS ESTADISTICAS	130
SUBCAPITULO III.....	137
DE LAS ENTREVISTAS	137

CONCLUSIONES	148
PROPUESTA.....	150
BIBLIOGRAFÍA	151
ANEXOS	160

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 1: SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE.....	55
CUADRO N° 2: RAZONES PARA NO REGISTRAR UN INMUEBLE.....	104
CUADRO N° 3: TÍTULOS INSCRITOS CON AYUDA DE COFOPRI EN LA LIBERTAD (PERIODO: AGOSTO 2011 – ABRIL 2016).....	123
CUADRO N° 4: TÍTULOS DE PROPIEDAD OTORGADOS POR COFOPRI POR DEPARTAMENTO AGOSTO 2011 A 31 DE JULIO 2016	124
CUADRO N° 5: INMATRICULACIONES EN EL REGISTRO DE PREDIOS SEGÚN DEPARTAMENTO PERIODO 2005 – JULIO 2016	132

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO N° 1: INMATRICULACIONES EN EL REGISTRO DE PREDIOS PERIODO 2005 - JULIO 2016	130
GRAFICO N° 2 : TRANSFERENCIAS EN EL REGISTRO DE PREDIOS POR AÑO PERIODO 2005 - JULIO 2016.....	135

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el Perú la transferencia de inmuebles, de conformidad con el artículo 949 del Código Civil, se realiza con el consentimiento, es decir, para que se produzca la transferencia no es necesario que se produzca la entrega efectiva del bien al comprador o inscribir la transferencia en los Registros Públicos (Avendaño Arana, Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de propiedad, 2008, pág. 1126).

Lo descrito anteriormente es lo que se denomina como sistema consensual. Según este sistema el acuerdo de las partes es suficiente para que se produzca la transferencia, lo que conlleva a que el derecho se adquiere fuera del registro, y su inscripción es solamente para conseguir oponibilidad frente a terceros. Se considera que la propiedad nace de manera oculta pues no se requiere de un elemento que publicite el derecho adquirido.

En contraposición a este sistema que rige en el Perú, existe el sistema constitutivo, el cual exige la inscripción para la transmisión de la propiedad inmobiliaria (Martinez, 2003, pág. 27). Es decir, una persona es considerada propietario de un inmueble desde la inscripción en el registro correspondiente, no bastando el acuerdo entre las partes para constituir derechos reales.

Ahora bien, sea cualquiera de los sistemas adoptados para la transferencia de propiedad, estos deben cumplir con sus finalidades, esto es, por un lado maximizar la circulación de la riqueza, y por otro lado, otorgar seguridad jurídica, la cual puede definirse como la certeza que deben tener los miembros de la comunidad de que el sistema jurídico va a proteger eficazmente sus derechos (Cárdenas Alvarado, 2010, pág. 52); y en especial la seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles se traduce en la garantía dada al propietario de que su derecho de propiedad será eficazmente protegido, lo que implica que éste tenga la posibilidad de oponer su derecho frente a terceros, así como poder ejercerlo plenamente.

Sin embargo, el sistema consensual que rige en el Perú, si bien es cierto tiene ciertas ventajas como ser menos oneroso al no exigir, para que las

transferencias sean efectivas, gastos notariales ni trámites de inscripción, no brinda una correcta seguridad jurídica. Ello porque al no ser necesaria la inscripción para ser propietario, estos no logran obtener una eficiente oponibilidad, la cual contradictoriamente se logra efectivamente con la inscripción, siendo importante -en el presente trabajo- estudiar e identificar que sistemas de transferencias nos permitirían gozar de una eficiente oponibilidad lo que garantizará la seguridad jurídica del propietario.

Asimismo, como ya se mencionó, la seguridad jurídica consiste también en permitir que los derechos adquiridos puedan ser ejercidos plenamente. En ese sentido, es importante señalar que nuestro sistema actualmente permite que, todos los propietarios puedan disponer fácilmente de su inmueble, se encuentre el bien inscrito o no.

De este modo, nuestro sistema no limita el derecho de propiedad de quienes tienen inmuebles no inscritos en el registro, pues permite a sus propietarios disponer de dichos inmuebles sin problemas. Este aspecto de nuestro sistema es relevante en el sentido que, si promovemos algún cambio de sistema, deberíamos buscar mantener dicha ventaja, dado que en nuestro país existen inmuebles que no se encuentren inscritos.

Por otro lado, cada Estado decide qué sistema registral adoptar, conforme a su realidad económico-social y respecto a la forma en que considere más adecuada brindar seguridad jurídica para sus ciudadanos (Sanchez Lopez, 2009). En ese sentido, se sostiene que el Perú mantiene un sistema consensual y no adopta el sistema constitutivo, pues no se dan las condiciones necesarias para el establecimiento de un sistema que establezca la inscripción como elemento exigible en la transferencia de la propiedad (Jiménez Saavedra, 2001), ya que existen dificultades para su implementación en todo nuestro territorio nacional, debido principalmente a la cantidad de inmuebles que aún no se encuentran inscritos y la falta de cultura registral de cierto sector de la población.

Por lo tanto, si nuestro sistema consensual no otorga una buena seguridad

jurídica, principalmente porque no permite una eficiente oponibilidad de los derechos de propiedad, y, por su parte la implementación de un sistema puramente constitutivo no funcionaría eficientemente en todo nuestro territorio, debido especialmente a que no todos los inmuebles están inscritos; estas circunstancias no deberían ser un impedimento para que el Estado cumpla con buscar un modo adecuado para otorgar seguridad jurídica a todos los propietarios de bienes inmuebles.

Es por ello que una medida que se podría adoptar es implementar un sistema dual, es decir, que la transferencia de los inmuebles que se encuentren registrados se realice con la inscripción (sistema constitutivo) y que los bienes inmuebles que no han sido registrados se sigan transfiriendo con el consenso (sistema consensual), sin perjuicio de que estos puedan ser incorporados al registro correspondiente.

En ese sentido, la transferencia de los inmuebles se regiría por dos sistemas, el constitutivo para los inmuebles registrados y el consensual para los no registrados. Ello con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica y no impedir que los propietarios de inmuebles no registrados sigan transfiriendo propiedades de manera eficaz con el consentimiento, permitiendo la circulación de riqueza y un uso eficiente de los derechos de propiedad.

De esto modo, el sistema dual cumpliría con mejorar y garantizar la seguridad jurídica de los propietarios de bienes inmuebles, pudiendo estos gozar plenamente de su derecho de propiedad, permitiendo que la transferencia de bienes inmuebles, se desarrolle en un ámbito de seguridad, minimizando riesgos e incentivando la inversión.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿La implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú garantizará la seguridad jurídica del propietario?

3. HIPOTESIS

La implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú sí garantizará la seguridad jurídica del propietario.

4. VARIABLES

- VARIABLE INDEPENDIENTE

La implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles.

- VARIABLE DEPENDIENTE

La seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles.

5. OBJETIVOS

5.1. General

Determinar si la implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú garantizará la seguridad jurídica del propietario.

5.2. Específicos

- Explicar la noción y características del derecho de propiedad inmueble.
- Analizar los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble e identificar su clasificación.
- Identificar y estudiar el sistema de transferencia de inmuebles en el Perú.
- Explicar la seguridad jurídica del propietario de inmuebles.
- Analizar la necesidad de implementar el sistema dual en la transferencia de inmuebles para garantizar y mejorar la seguridad jurídica.
- Establecer si es necesaria una propuesta de reforma legislativa destinada a modificar el sistema de transferencia de inmuebles.

6. JUSTIFICACIÓN

6.1. Teórica

La presente investigación se justifica en el principio de la seguridad jurídica, el cual ha sido catalogado por el Tribunal Constitucional como un principio constitucional, que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. Según lo establecido por el órgano mencionado, en la Casación N°016-2002-AI/TC, la predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.

Además, dicho principio no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, o para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Cabe precisar que, al vincular la seguridad jurídica a la transferencia de inmuebles, se entiende que dicha seguridad es una garantía dada al individuo de que los inmuebles adquiridos, así como los derechos que de dicha adquisición provienen, no serán objeto de perturbaciones, generando de este modo la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para, a partir de la titularidad del derecho de propiedad, dar lugar a la generación de riqueza.

6.2. Social

Socialmente la presente investigación será de gran utilidad, pues pretende demostrar que, a través de un sistema de transferencia adecuado se logra garantizar y mejorar la seguridad jurídica del propietario de un bien inmueble, protegiendo así el derecho de propiedad adquirido y garantizando el pleno goce de sus facultades, permitiendo que la transferencia de bienes inmuebles,

se desarrolle en un ámbito de seguridad, minimizando riesgos e incentivando la inversión.

7. ANTECEDENTES

Respecto al tema de investigación debemos indicar que no se han encontrado tesis internacionales relacionadas este trabajo; sin embargo, cabe resaltar que se han encontrado tesis nacionales relacionadas a la seguridad jurídica en la transferencia de inmuebles, entre las que destacan las siguientes:

a) La tesis titulada “Mejor derecho de propiedad en transferencia de bienes inmuebles y seguridad jurídica”, cuyo autor es Luis Alfonso Marchan Bravo, quien realizó dicha tesis en la Universidad Privada Antenor Orrego en el año 2014. En dicha tesis se planteó el siguiente problema: ¿De qué manera el sistema registral peruano vigente en materia de transferencia de bienes inmuebles está brindando la seguridad jurídica a los ciudadanos?; concluyendo que el Perú ha adoptado el sistema consensualista en la transferencia de propiedad existiendo un registro que no es constitutivo de derechos, sino meramente declarativo. Asimismo, se recomienda modificar el artículo 949 del Código Civil, con la finalidad que la transferencia de la propiedad inmobiliaria se perfecciona con la inscripción registral, es decir que la sola obligación de enajenar un bien inmueble no hace al acreedor propietario.

b) Por otro lado, tenemos la tesis cuyo título es “El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el Registro de Predios garantiza la seguridad jurídica”, elaborada por Lizeth Beatriz Lino Rodríguez, en el año 2015 en la Universidad Privada Antenor Orrego. En dicho trabajo el problema planteado fue ¿De qué manera el establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el Registro de Predios garantiza la seguridad jurídica de los usuarios en el Perú 2014?; y, se concluyó que, se debe reconocer que la transferencia de propiedad inmueble se perfecciona con la inscripción en el registro respectivo, lo cual va a llevar a la certeza jurídica en las transferencias

inmobiliarias, solidez y consolidación de un verdadero sistema registral peruano, mayor inversión de capital nacional e internacional por la seguridad en las transacciones, la protección de la seguridad del tráfico, consolidación de la publicidad registral, reducción de los costos de transacción a nivel registral y notarial, y finalmente descongestionar el Poder Judicial.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

TITULO I

DERECHOS REALES

1. CONCEPTO

El vocablo “real” deriva de la palabra latín “res” que significa cosa; en ese sentido, el derecho real sería aquel estudio que se realiza sobre los bienes. Cabe precisar que actualmente, nuestra legislación considera que el término “cosa” hace referencia solamente a objetos materiales como por ejemplo un inmueble, por lo que utilizar el término “bienes” para precisar el objeto de estudio de los derechos reales resulta más acertado, ya que el concepto de bienes también incluye lo inmaterial, como por ejemplo, el derecho de propiedad sobre una marca.

En ese sentido, partiremos de considerar que el derecho real es un especial poder directo e inmediato que una persona tiene sobre un bien.

Ahora bien como definiciones precisadas por la doctrina tenemos las siguientes:

- El derecho real en sentido amplio, es un título de protección jurídica a favor de una persona, sujeto titular, que le permite realizar acciones materiales de uso o disfrute, celebrar actos jurídicos o conservar su posición, siempre con referencia a una cosa (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 76).
- El derecho real es el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto, cuya existencia, plenitud y libertad puede ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por la ley, y que, en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta

naturaleza que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior (Molinario, 1965, pág. 43).

2. ELEMENTOS

Hay una definición sobre los derechos reales señalada por el jurista argentino Velez Sarfield, quien a su vez cita la opinión de Demolombe, que precisa lo siguiente:

“El Derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentra en ella sino dos elementos, la persona que sujeto es activo del derecho, y la cosa que es el objeto (Papaño, Kiper, Dillon, & Causse, 2004, pág. 12).”

De lo expuesto podemos distinguir claramente los elementos del derecho real, estos son:

- El sujeto o titular del derecho: Es quien tiene la voluntad de comportarse como titular del derecho real.

Cabe precisar que el titular puede ser cualquier persona natural o jurídica, sin embargo, hay ciertos derechos reales como el de habitación que no pueden constituirse a favor de una persona jurídica.

- El objeto, debe ser un bien determinado, específico e individualizado.

3. CARACTERÍSTICAS

Las características esenciales de todo derecho real son:

- Ser un poder directo, aunque ello no implica necesariamente que haya tenencia física, material y tangible del bien, sino también jurídica o formal (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 57).
- Es un poder inmediato, es decir, no se necesita de otro sujeto para poder ejercitar dicho poder.
- Es un poder absoluto, es oponible frente a todos, y excluyente de todo otro poder igual o concurrente sobre el bien, por lo que existe la

posibilidad de negar a otro el ejercicio y la titularidad del derecho (González Linares, 2012, pág. 82).

- Todo derecho real está tutelado por una acción real, que procede contra todo aquel que detente o posea un bien ilícitamente (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 58), en ese sentido, es un poder protegido por la reivindicación, lo que permite que en caso el titular del derecho no tuviera en su poder el bien, pueda “perseguirlo” y recuperarlo.

Habiendo precisado ciertos alcances sobre los derechos reales, pasaremos a continuación a referirnos sobre el derecho real por excelencia, el derecho de propiedad.

TITULO II

DERECHO DE PROPIEDAD

1. CONCEPTO

Etimológicamente la palabra propiedad procede del término latino propietas, que deriva de propium y que puede traducirse como “lo que pertenece a una persona” (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 93).

Desde la óptica del derecho civil, la propiedad es considerada el derecho real por excelencia, pues concede a su titular las más amplias facultades que pueden recaer sobre un bien, esto es los poderes materiales de usar, gozar, y los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes (González Linares, 2012, pág. 332).

El Código Civil Peruano establece en el artículo 923 que, “*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*”.

Respecto a ello Gunther Gonzáles Barrón considera que esto más que una

definición es una enumeración de las facultades que confiere la propiedad. Incluso señala que el contenido del artículo en mención es incompleto, pues existirían actos que podrían no estar comprendidos dentro del concepto legal mencionado. Como ejemplos menciona que dentro de las facultades enunciadas en el artículo en mención, no se incluye la realización de actos de mera administración, la constitución de garantías reales y la interposición de remedios de tutela de la propiedad distintos a la reivindicatoria.

Es por ello que define a la propiedad como un conjunto de derechos, libertades, poderes y deberes. Libertades como la de usar el bien, percibir frutos y edificar sobre el terreno. Poderes normativos sobre la cosa que permiten producir cambios en el status normativo de la cosa como donar, vender, constituir una garantía sobre ella. Derechos como el no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa, así como en la actuación de las libertades y poderes normativos (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, págs. 797-798). Y deberes, como el de ejercer la propiedad dentro de los límites que establezca puntualmente el bien común y el interés social.

Por su parte Eugenio Ramírez Cruz define a la propiedad como el poder jurídico pleno (es decir dentro de los límites de la ley) sobre un bien, en cuya virtud éste queda sometido directa, inmediata y totalmente (todas las facultades) a nuestro señorío exclusivo (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 102).

Por otro lado, para la economía, la propiedad es el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos. De este modo, la propiedad consiste, en primer término, en la facultad de usar y explotar un bien, y al mismo tiempo, de impedir a otros el uso y explotación de ese mismo bien –lo cual en Economía se denomina “exclusión”-; y en segundo lugar, en la “internalización” de los efectos positivos y negativos que el uso o la explotación del bien generen (Pérez Velasco, s.f, pág. 1).

Desde el punto de vista constitucional, la propiedad es definida como un

derecho social y fundamental, al cual todos, sin distinción alguna, tienen acceso (González Linares, 2012, pág. 322); el cual es reconocido en nuestra Constitución Política de 1993 en el artículo 2º, incisos 8 y 16 de la Constitución en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (*Artículo 17: Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad*).

Cabe precisar también que, la propiedad como todo derecho, 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 (González Linares, 2012, pág. 322).

Las definiciones anteriormente señaladas nos ayudan a arribar a una definición propia del derecho de propiedad, por lo tanto, precisamos que la propiedad es un derecho de carácter fundamental que otorga a su titular las más amplias facultades que sobre un bien pueden recaer, teniendo entre ellas la posibilidad de usar, gozar y sobre todo disponer sobre determinado bien. Asimismo, este derecho también implica ciertas obligaciones para su titular las cuales principalmente se traducen en un ejercicio del derecho de acuerdo al interés social.

De este modo, habiendo señalado definiciones del derecho de propiedad, queda claro su importancia no solo por ser considerado el derecho real más importante, sino por el reconocimiento constitucional y el carácter de fundamental que nuestra Constitución y normas internacionales le reconocen.

2. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Entre las teorías que fundamentan el derecho de propiedad tenemos:

2.1. Teoría de la Ocupación

Para esta teoría, en los inicios de la humanidad los bienes era comunes, por

lo tanto, las personas podían ejercer la aprehensión o la ocupación de las cosas con el propósito de satisfacer sus necesidades (González Linares, 2012, pág. 333). De este modo es que se convertían en propietarios.

Cabe precisar que actualmente la simple ocupación no justifica la propiedad, por lo que considero que actualmente esta teoría no tiene mucho sustento.

2.2. Teoría del Trabajo

Sostiene que la propiedad deriva del trabajo (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 53); por lo que todo aquello que se genere del trabajo realizado se convierte en propiedad del trabajador.

La crítica a esta teoría sostiene que el trabajo no produce, sino solo transforma, por lo que el trabajo por sí solo, no puede otorgar la propiedad. Si fuera así habría bienes que no podrían ser objeto de propiedad privada por ejemplo el suelo no podría serlo porque no procede del trabajo humano, es anterior a él y produce frutos sin su concurso (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 53).

2.3. Teoría de la Ley

Según esta teoría el derecho de propiedad solo es generado por la ley. Se sostiene que sólo la ley puede constituir o fundamentar la propiedad, disponiendo la renuncia de todos y otorgando un título de goce a uno solo (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 55), pues la ley determina como es que se adquieren los bienes creando así la propiedad privada.

La crítica sostiene que, si bien es cierto la ley sirve para reglamentar y garantizar la propiedad, este derecho, como todo derecho fundamental sería anterior y superior a la ley humana positiva (González Linares, 2012, pág. 335).

2.4. Teoría del Contrato Social

Afirma que ni la ocupación ni el trabajo sirven de fundamento al derecho de

propiedad, porque no obliga a los demás a respetar dicho derecho. Esta obligación sólo se genera de un consentimiento mutuo o convención (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 54).

La crítica es que dicho pacto solo obligaría a quienes lo convinieron, no a los que no lo pactaron.

2.5. Teoría de la Función Social

Respecto de esta teoría, León Duguit, manifiesta que la propiedad no es el derecho subjetivo del propietario, sino que es la función social del tenedor de la riqueza, y que este derecho debe ser ejercido en función social, sin que al propietario se le desconozca su facultad de disponer, aprovechar y utilizar la cosa.

Esta teoría ve en la propiedad no solo derechos, sino deberes de parte del titular o propietario (González Linares, 2012, pág. 336).

De todas las teorías señaladas podríamos rescatar algunos fundamentos de cada una, pues la teoría de la ocupación acierta al señalar que la posesión puede ser origen de la propiedad en aquellos casos de usucapión. Asimismo, interpretando la teoría del contrato social, se puede afirmar que el acuerdo de voluntades da origen a la propiedad, y precisamente en nuestro país (como veremos posteriormente) solo obligará a las partes que lo convinieron si es que no se publicita en el registro correspondiente. Por su parte la ley fija los modos de adquirir la propiedad, como ejercerla e incluso las limitaciones que ésta tiene. Y, finalmente, la teoría de la función social, podría considerarla la más relevante, en el sentido que reconoce que la propiedad no es solo un poder, sino que implica también deberes u obligaciones, que permitirán la protección de los derechos de la colectividad.

3. CARACTERES

Los caracteres más reconocidos del derecho de propiedad por la doctrina tradicional, son los siguientes:

3.1. Real

Porque el ámbito de poder que deriva de la propiedad se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien. Es decir, establece una relación directa entre el titular y el bien (Avendaño Valdez, La propiedad en el Código Civil, 2012, pág. 111).

3.2. Absoluto

Esta característica es entendida en el sentido de que concede libertad irrestricta para realizar todos los atributos de la propiedad (Cuadros Villena, 1995, pág. 306). Sin embargo, el carácter de absoluto mencionado no puede confundirse con el de ilimitación, pues la propiedad tiene ciertas limitaciones en razón del bien común.

No obstante, considero que el carácter absoluto se refiere a la posibilidad que tiene el sujeto titular para oponer su derecho contra todo y frente a todos.

3.3. Abstracto

El derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltarle, mientras los derechos reales limitados representan la puesta en valor de una facultad aislada y no se conciben sin ella. A esto se le llama la abstracción del dominio, es decir, que el derecho éste separable de sus facultades y con existencia distinta y autónoma de cada una de ellas (Lacruz Berdejo, y otros, 2003, pág. 234).

Por eso, aunque una facultad, aun esencial, o mejor, el ejercicio de ella, se sustraiga al propietario en razón de un derecho concurrente, el dominio, abstractamente, permanece igual, no se desnaturaliza; y la facultad misma queda potencialmente dentro del derecho de propiedad: solo su ejercicio pasa a manos del titular del derecho concurrente o sin pasar a otras manos, simplemente no se puede ejercitar por el propietario (Alessandri Rodriguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 140).

3.4. Exclusivo

Una de las características más importantes es el poder que se confiere al titular para excluir a los demás de todas las facultades que la ley confiere. De este modo las ventajas de un bien son reservadas para una sola persona (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 792). Esto implica además que no puede haber más de dos propietarios de un bien salvo los casos de copropiedad.

Cabe precisar que, este carácter es muy relevante desde el punto de vista económico, pues la exclusividad incentiva la inversión en los bienes y permite que el derecho de propiedad se utilice de una forma más eficiente.

El derecho de propiedad es exclusivo porque es oponible a quien pretenda inmiscuirse en su bien y porque sobre un mismo bien no pueden haber dos derechos idénticos (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 131).

3.5. Perpetuo

El carácter de perpetuo no quiere decir que el bien pertenecerá para siempre al mismo titular, sino que debe ser entendido en el sentido de que el derecho en sí mismo no está destinado a extinguirse. El derecho de propiedad subsiste, sigue siendo el mismo, lo que sucede es que este derecho se transmite de una persona a otra, cambiando sólo el titular, mas no el derecho de propiedad.

A lo anterior hay que agregarle que, el derecho de propiedad no obstante ser perpetuo, dura tanto como dura el bien.

Además el derecho de propiedad no se extingue por el no uso, y ello no es contradictorio con los casos de prescripción adquisitiva, aquí el dominio no se extingue porque el titular no lo ejerce, sino porque otra persona ha poseído la cosa en las condiciones y durante el tiempo determinados por la ley. Pueden transcurrir 100 años sin que se ejerza ningún acto de dominio, no obstante conservará el derecho en forma intacta mientras un tercero no consume la

privación de la posesión y cumpla con los requisitos de la prescripción (Areán, 2005, pág. 246).

Sin perjuicio de las anteriores características reconocidas de manera uniforme por la doctrina, podemos agregar los siguientes:

3.6. Independencia

Indica que es un poder autónomo que existe por sí mismo, no presupone ningún otro derecho (Alessandri Rodríguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 138).

3.7. Elasticidad

Esto implica que puede comprimirse, al separar algunas de sus facultades, pero que apenas se extinguen esos derechos limitativos de la propiedad, se reintegran al mismo dichas facultades por la fuerza de atracción que tiene; por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, pierde el propietario arrendador el uso temporal del bien, recuperándolo por la extinción de dicho acto jurídico (Vásquez Ríos, Derechos Reales - Tomo I, 2013, pág. 274).

4. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El contenido del derecho de propiedad está conformado por sus facultades, las cuales permiten el ejercicio y aprovechamiento de la propiedad. Las facultades pueden clasificarse en materiales y jurídicas.

4.1. Facultades Materiales

Se realizan mediante actos materiales que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho (uso, goce y consumo físico de la cosa) (Alessandri Rodríguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 165). Dentro de ellas tenemos:

a) Facultad de uso

Esta facultad es la que permite utilizar el bien para cualquiera de los fines que éste pueda cumplir, sólo usarlo, sin llegar a beneficiarse de los productos o frutos que genere, pues de lo contrario estaríamos hablando de la facultad de

goce o disfrute.

Nerio González define a esta facultad como el derecho a servirse del bien para satisfacer sus necesidades de la manera más adecuada, cuidando no alterar la naturaleza o destino del bien (González Linares, 2012, pág. 340).

Cabe precisar que el uso debe realizarse de manera racional y sostenida, en razón de la función social que cumple la propiedad.

b) Facultad de goce

También es denominada facultad de disfrute del bien, y es aquella que permite apropiarse de los frutos y/o productos que genera el bien, es decir, aprovecharse de los beneficios que el bien genere.

El goce comprende todas las posibilidades de obtener utilidad de la cosa o aun de dominarla materialmente (Lacruz Berdejo, y otros, 2003, pág. 256).

El goce consiste en la utilización o explotación del bien, con vistas a la obtención de todos los provechos y utilidades que él produzca (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 101).

Significa goce, disfrute o explotación del bien con la finalidad de percibir los frutos y productos que genere.

El goce del bien por parte del titular comprende dos formas (González Linares, 2012, pág. 341):

- La utilización directa, por ejemplo el trabajar directamente la tierra y beneficiarse de los frutos.
- La utilización indirecta, como en el caso de un arrendamiento, en el cual el propietario se beneficiara de la renta.

Del mismo modo que la facultad de uso, esta facultad debe ser ejercida en armonía con el bien común, es por ello que se sostiene que, el aprovechamiento de la riqueza material es la función misma de la propiedad, pero sin que ello se reduzca al ámbito estrictamente individual o utilitarista

privado, pues, también se pretende la consecución de aspectos sociales, tales como el bienestar material colectivo, el aumento de la producción, la creación de riqueza, el goce y disfrute sostenible, la armonía con el medio ambiente, la protección de otros intereses generales y culturales, etc (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 814).

c) Facultad de disposición material

Esta facultad permite al titular destruir, transformar o degradar el bien, lo que le permite alterar su materialidad, cambiar su aspecto exterior o su estructura interior, demoler una construcción, reconstruirla o no, modificar el tipo de explotación (Areán, 2005, pág. 251).

4.2. Facultades Jurídicas

Se realizan mediante actos jurídicos no actos materiales como las siguientes:

a) Facultad de disposición jurídica

Es el poder del sujeto de desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea o no en favor de otra persona, y sea por un acto por causa de muerte o por uno entre vivos (Alessandri Rodriguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 168).

Cabe precisar que esta facultad incluye también el poder de constituir sobre la propiedad servidumbres o hipotecas, de darla en usufructo, uso y habitación, y aun el de abandonar la cosa, o de consumirla si su naturaleza lo permite, es lo que caracteriza al propietario y corresponde al derecho de dominio en su núcleo mismo (Musto, 2000, pág. 395).

Se podría decir que es la facultad más importante de la propiedad pues implica la posibilidad de realizar modificaciones jurídicas al bien, al tener la facultad de transferirlo o arrendarlo, y constituir otros derechos reales o personales sobre el bien.

b) Facultad de reivindicación

Es una facultad vinculada al poder de disposición, pues sólo quien tenga este poder jurídico puede hacer valer la pretensión real por excelencia de la reivindicación, en cuanto el bien se encuentre en posesión de tercero no propietario (González Linares, 2012, pág. 342).

Es una facultad que se fundamenta en los principios de persecutoriedad y oponibilidad.

Considero que propiamente no es una facultad, sino que constituye un mecanismo de defensa del derecho de propiedad, destinado a recuperar la posesión del bien.

c) Facultad de poseer

Carlos Cuadros Villena sostiene que el contenido también incluye el “ius possidendi”.

En ese sentido, esta facultad es la que posibilita en la práctica el ejercicio de las facultades materiales (Musto, 2000, pág. 394).

No podría el propietario usar, ni gozar de sus bienes si no tuviera la posesión de estos. El ejercicio del uso o del disfrute son expresiones del ejercicio del derecho a la posesión. Por lo tanto, es una facultad que deriva del derecho de propiedad (Cuadros Villena, 1995, pág. 331).

Sin embargo, el autor Ramírez Cruz no lo incluye como una facultad porque la posesión puede consistir en usar, también en tan sólo disfrutar, es decir que, de una u otra manera, la posesión está relacionada con el uso o con el disfrute o con ambos. El propietario siempre tiene derecho a la posesión, sea ejercitándola directamente, sin intermediarios, sea ejercitándola por interpósita persona, en cuyo caso conserva la posesión mediata (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 99).

5. FUNCIONES DE LA PROPIEDAD

5.1. Función Social

La propiedad, entendida como poder absoluto, tiene que estar sujeta a ciertos límites en su ejercicio, límites que deben ser establecidos para salvaguardar el bienestar colectivo.

Es por ello que la función social del derecho de propiedad consiste en que este derecho se encuentre regulado y debidamente limitado por la ley, de tal manera que los propietarios tengan responsabilidades o deberes frente a la sociedad.

En ese sentido, en nuestra legislación existen dos normas que establecen como es que debe ser ejercido el derecho de propiedad, éstas son:

- Art. 70 de la Constitución de 1993: “*La propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.*”
- Art. 923 del Código Civil “*La propiedad (...) debe ejercerse en armonía con el interés social.*”

De las normas señaladas apreciamos que se utilizan términos distintos para señalar el modo en que se debe ejercer el derecho de propiedad. Considero que lo correcto debería ser que, el artículo 923 mencionado, precise que la propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común y no conforme al interés social como lo establece. Ello porque, el bien común son ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos (Bullard Gonzalez, Parchando el Código: La Reforma "a media caña" del Libro de Reales, 2011, pág. 103), y no privilegia el interés de un grupo social determinado como lo hace el interés social.

Para diferenciar mejor lo que es el bien común y el interés social, Alfredo Bullard plantea los ejemplos siguientes: “*El bien común puede limitar mi derecho a conducir mi automóvil a exceso de velocidad. Pero no puede autorizar a un grupo que no tiene transporte propio a forzarme a llevarlos a su*

destino, como si puede ocurrir si se califica al transporte como interés social.” Asimismo, sostiene que “Sobre la base del interés social se puede expropiar para construir viviendas populares. Sobre la base del bien común ello no es posible. Sin embargo sí es posible expropiar el mismo bien para construir una carretera que beneficiara a la comunidad” (Bullard Gonzalez, Parchando el Código: La Reforma "a media caña" del Libro de Reales, 2011, pág. 103).

Sin embargo, cabe precisar que ambos términos son conceptos vinculados, en el sentido de que la palabra bien común engloba al interés social. El interés social justifica las medidas reguladoras y delimitadoras de la propiedad por parte del Estado; y cuya finalidad es lograr una aspiración de siempre: el bien común (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 804).

Del mismo modo, la función social de la propiedad tiene su sustento en que el derecho de propiedad no solo confiera al titular beneficios propios del derecho que ostenta sino que también sea fuente de deberes frente a la sociedad. Respecto a esto el Tribunal Constitucional reconoce en la Casación contenida en el Exp. ° 0048-2004-PI/TC lo siguiente:

“79. La función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.”

De este modo vemos también que el Órgano intérprete de nuestra constitución considera que la función social del derecho de propiedad está comprendida por los deberes que todo propietario mantiene con la sociedad.

En ese sentido es que se afirma que, la función social es, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional (González Linares, 2012, pág. 322).

En conclusión, se podría afirmar que se cumple con la función social de la propiedad cuando ésta es ejercida de tal modo que no afecte derechos de los demás, y por el contrario brinde un beneficio a favor de la sociedad.

5.2. Función Económica

La función económica de la propiedad está referida a la posibilidad de que ésta sea una fuente generadora de riqueza.

La capacidad de generar riqueza se origina de una de las características más importantes de la propiedad, el de exclusividad. Es a partir de la posibilidad de excluir a los demás que surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien (Bullard Gonzalez, Parchando el Código: La Reforma "a media caña" del Libro de Reales, 2011, pág. 100).

Saber que al ser propietario podemos gozar de diversas facultades, y excluir a los demás del goce de éstas, promueve la adquisición de bienes. De este modo, se genera que los bienes tiendan a circular, lo que implica a su vez circulación de riqueza, uno de los fines de todo sistema de transferencia de propiedad.

En referencia a la propiedad predial, afirmamos que el derecho de propiedad debidamente constituido sobre un inmueble, esto es inscrito correctamente en el registro de predios, constituye un activo. De este modo puede ser usado para aumentar la producción, sirviendo como como "garantía" para una hipoteca, por ejemplo, o asegurando la obtención de otras formas de crédito (De Soto, 2000, pág. 69).

La propiedad formal nos obliga a pensar la casa como un concepto económico y social. Invita a percibir la casa como algo más que mero refugio y a verla como capital vivo (De Soto, 2000, pág. 80).

De esta manera vemos como la función económica de la propiedad determina que ésta pueda convertirse en un generador de valor excedente, y específicamente los inmuebles formales, como ya se mencionó, son fáciles de

usar como garantía para un préstamo, para obtener una inversión, lo que en definitiva sirve para mejorar la condición económica de las personas.

5.3. Función Ambiental

Esta función de la propiedad también denominada función ecológica, se encuentra referida a cómo ejercer los atributos inherentes a la propiedad, respetando criterios de protección y seguridad ambientales; ciertamente, no se admitiría el abuso de ese derecho, en desmedro de los valores y salvaguardas ambientales (Foy Valencia, 2012, pág. 249).

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, considero que esta función puede desprenderse o estar comprendida dentro de la función social de la propiedad, pues desarrollar la propiedad de tal modo que no se afecte el ambiente implica desarrollar la propiedad conforme al bien común.

6. LIMITACIONES O RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

La propiedad no concede únicamente facultades libres para su titular, sino también implica un conjunto de deberes y obligaciones que son fijados por las leyes en atención a los intereses de la colectividad, sin que ello signifique un menoscabo del derecho de propiedad

En ese sentido, la propiedad no puede ser entendida como un poder ilimitado, pues como bien lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico, la propiedad debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Cabe precisar que es en las limitaciones donde se puede ver reflejado la función social del derecho de propiedad.

Por lo tanto, las limitaciones pueden ser definidas como aquellas condiciones intrínsecas al derecho de propiedad que se imponen a su ejercicio, con la finalidad de prevenir el uso conflictivo de los diferentes derechos y por ende evitar la producción de daños (Rivera Bustamante, Comentario al Artículo 959 del Código Civil, 2010, pág. 350); o también como toda disminución o recorte del poder jurídico que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien.

La razón de ser de las limitaciones es que la ley organiza el dominio de forma tal que puede cumplir sus fines individuales y sociales, para ello lo somete a una serie de limitaciones que se fundan precisamente en la potestad del Estado para adaptar la propiedad privada a las miras con que fue instituida, dentro de la convivencia y del interés superior de la sociedad (Areán, 2005, pág. 259).

Todo ello garantiza que, las restricciones y limitaciones de la propiedad se conviertan en las mejores garantías para el efectivo y normal uso económico-social de la propiedad (González Linares, 2012, pág. 357).

6.1. El ejercicio abusivo del derecho de propiedad

Un punto importante en lo concerniente a las limitaciones que se imponen a todo derecho es la Teoría del ejercicio abusivo del derecho, la misma que establece que, todo derecho subjetivo no faculta a sus titulares la posibilidad de ejercerlos en forma contraria a los fines económicos o sociales, causando daño a los otros, pues de lo contrario deberán resarcir el daño causado.

El abuso del derecho implica un uso arbitrario por parte del propietario, quien se aprovecha de los poderes jurídicos que la ley le confiere como propietario para menoscabar derechos de otras personas. Es decir, despliega una actitud de extralimitación en el ejercicio del poder jurídico que le proporciona la propiedad para sobrepasar los límites del deber de respetar los derechos de los demás (González Linares, 2012, pág. 354).

Respecto al derecho de propiedad, el titular puede realizar todo tipo de actos legítimos, en la medida que no perjudique a nadie. Sin embargo, cuando se ejecutan actos, que no tienen otro fin que causar un perjuicio, sin que reporten al que los realiza una verdadera utilidad (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 323), es que se configura el ejercicio abusivo del derecho.

En otras palabras, el ejercicio del derecho de propiedad se convierte en abusivo cuando trae como consecuencia un daño anormal o desproporcionado, en perjuicio de terceros.

Asimismo, considero que el abuso del derecho de propiedad no solo se manifiesta con su ejercicio o uso excesivo, sino también con el no uso de este derecho, por ejemplo el abandono, el cual es la negación a la funcionalidad económica y social de la propiedad. Ello se genera por ejemplo cuando se abandona un inmueble dejándolo en estado ruinoso o lleno de basura, situación que genera un perjuicio a los vecinos.

Del mismo modo, la doctrina considera como elementos del ejercicio abusivo del derecho los siguientes:

- a) Realizar un uso o ejercicio del derecho de modo irregular, esto es, intención de perjudicar o exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.
- b) Causar agravio o daño a intereses ajenos no tutelados por una norma jurídica específica.

Por lo tanto, como el uso abusivo del derecho es contrariar a los fines del derecho, nuestro ordenamiento jurídico (art. 924 del Código Civil) establece que, quien se considere amenazado o se encuentre soportando algún daño por motivo de que otro sujeto se excede en el ejercicio de su derecho, tiene la facultad de exigir que su derecho lesionado sea reparado o restituido al estado anterior del acto lesivo.

6.2. Restricciones legales de la propiedad

El artículo 925 del Código Civil establece que *“Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico.”*

Las restricciones legales o también denominadas limitaciones de orden público tienen su fundamento en el bien común. Cabe precisar que si bien el artículo mencionado utiliza los términos interés social, necesidad y utilidad pública; los hace como sinónimos para referirse al bien común.

Del mismo modo, estas restricciones o limitaciones legales se caracterizan por ser:

- Irrenunciables: No pueden ser modificadas ni suprimidas por acto jurídico (Cuadros Villena, 1995, pág. 434).
- Generalidad: Al ser disposiciones de orden público, su efecto obliga todos a quienes va dirigida.

Las limitaciones legales son diversas y varían según el derecho al que estén referidos. Por ello trataremos de mencionar algunas de ellas:

- Limitaciones referidas al plazo de vigencia del derecho y al cumplimiento de ciertos procedimientos administrativos para renovarlos. Este es el caso de los derechos industriales como las marcas, cuya vigencia del derecho es de diez años, los cuales podrán renovarse por periodos iguales.
- Limitaciones que importan una obligación de hacer. Así por ejemplo, en el caso de la titularidad sobre una marca, esta puede ser cancelada si no se ha usado dentro de los tres años anteriores al momento en que se solicita la cancelación.
- Limitaciones de ciertas facultades inherentes al derecho de propiedad como la contenida en el art. 882 del Código Civil que impide que se pacte una prohibición de enajenar o gravar un bien. El fundamento de esta norma radica en que los bienes deben circular para satisfacer necesidades humanas (Avendaño Arana, Limites convencionales de la propiedad, 2012, pág. 124). Si se restringe la transferencia de los bienes se afecta el tráfico comercial, del mismo modo si se prohíbe gravar un bien se afecta el acceso al crédito, afectando de este modo la función económica de la propiedad.

Francisco Avendaño sostiene que, el artículo 882 aludido, debe ser interpretado restrictivamente como toda norma que limita derechos. En ese sentido, la norma en mención prohíbe que se establezca la inalienabilidad de un bien, con lo cual se está refiriendo al atributo de la disposición, ya que la enajenación está comprendida en la disposición (Avendaño Arana, Limites convencionales de la propiedad, 2012, pág. 128). De este modo, este autor sostiene que si es factible

establecer contractualmente la prohibición de usar o disfrutar un bien.

- Otra limitación a la facultad de disposición, en base a superiores consideraciones como la naturaleza, ubicación o destino de los bienes (Cuadros Villena, 1995, pág. 436), es la contenida en el artículo 71 de la Constitución Política, establecida por seguridad nacional a los extranjeros, quienes no pueden adquirir ni poseer bienes dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, para que en caso de conflicto fronterizo, la faja de la frontera esté bajo total control nacional sin que los extranjeros puedan causar daño al Perú tolerando al enemigo mediante los derechos adquiridos en dichas zonas (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 329).
- Limitaciones por seguridad nacional, como la que establece el Art. 72 de la Constitución, al establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Estas limitaciones restringen las facultades de disposición o disfrute de los bienes por razones de emergencia. Esto podría suceder, por ejemplo, en casos de epidemias o inundaciones, en los cuales se puede ordenar la desocupación de bienes que el Estado pasará a ocupar para hacer frente a esas contingencias.

6.3. Restricciones convencionales de la propiedad

La ley no es la única fuente de restricciones o limitaciones a la propiedad, éstas también pueden nacer de la voluntad de las partes, conforme lo establece el Artículo 926 al señalar que *“Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.”*

La restricción convencional, para ser válida, solo puede significar el establecimiento de límites (como por ejemplo, la aplicación de un ómnibus entregado en usufructo al transporte de escolares y no a transporte público) o del cumplimiento de determinadas condiciones como requisito previo al

ejercicio del derecho de propiedad (Garcia Careta, 2010, pág. 190). Cabe precisar que, en ningún supuesto, la restricción pactada puede consistir limitar o impedir de forma absoluta el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, salvo autorización legal expresa en sentido distinto, como lo establece el artículo 882.

En ese sentido, se sostiene que, son tres los parámetros que deben respetarse al pactar una restricción al derecho de propiedad: (i) que no constituya un impedimento (limitación absoluta) al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, (ii) que no atente contra las normas imperativas de la ley, y (iii) que el pacto no constituya un caso de abuso del derecho (Garcia Careta, 2010, pág. 190).

De conformidad con la norma anteriormente mencionada, las restricciones convencionales son formales y deberán inscribirse en el registro correspondiente. Pues al permitirse a las partes imponer restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, será necesario exigir la inscripción de las mismas en el Registro respectivo a fin de informar a terceros ante quienes podrán oponerse dichas restricciones (Garcia Careta, 2010, págs. 190-191). De lo contrario el acuerdo que contenga la restricción quedará limitado a las partes que lo hayan acordado.

TITULO III

DERECHO DE PROPIEDAD INMUEBLE

1. CONCEPTO

Un “inmueble” es aquella cosa que no puede transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios (Alessandri Rodriguez & Somarriva Undurruga, 1974, pág. 17).

En el presente trabajo trataremos como sinónimos la palabra predio con el de propiedad inmueble.

En ese sentido, se podría decir que, predio es la unidad física, materialmente definida, conformada por un ámbito de extensión territorial, con edificación o sin ella, también se alude con dicho término a las edificaciones en altura o porciones de subsuelo que conforman unidades independientes (Rivera Bustamante, Comentarios al Artículo 954 del Código Civil, 2010, pág. 325).

Esta noción de propiedad predial o territorial une de manera obvia los conceptos de suelo o superficie, junto a los de subsuelo y sobresuelo (aires) (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 270).

Por otro lado, se podría reconocer las siguientes clases de predios o inmuebles:

- Predio urbano, es aquel que ha sido habilitado dotándolo de los servicios necesarios, como consecuencia de haberse culminado el proceso de habilitación urbana correspondiente con la obtención de la recepción de las obras respectivas (Rivera Bustamante, Comentarios al Artículo 954 del Código Civil, 2010, pág. 326).

- Predio rústico es el que se encuentra en el campo, y está destinado al cultivo (Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2007, pág. 267).

- Eriazos, están constituidos por las tierras no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos, excepto las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería; las tierras de protección, es decir las que no reúnen las condiciones ecológicas mínimas y las que constituyen patrimonio arqueológico de la nación (Rivera Bustamante, Comentarios al Artículo 954 del Código Civil, 2010, pág. 326).

De todo lo expuesto, precisamos que el derecho de propiedad inmueble es precisamente el derecho que permite a su titular usar, gozar, disponer y reivindicar determinado inmueble; teniendo en cuenta además todas las obligaciones que como titular el sistema le impone.

2. CARACTERES

Respecto a las características del derecho de propiedad inmueble, no vamos a profundizar y solo las mencionaremos brevemente, pues anteriormente se han desarrollado las características que corresponden al derecho de propiedad en general, siendo estas perfectamente las que corresponde al derecho de propiedad inmueble.

En ese sentido, el derecho de propiedad inmueble se caracteriza por ser un derecho:

- Real, pues el ámbito de poder recae sobre un bien, específicamente un inmueble.
- Absoluto y exclusivo, teniendo el titular la posibilidad de ejercer todos los atributos de la propiedad (con los límites fijados en atención al bien común) y excluir a los demás de todas las facultades que la ley confiere, es decir oponerla frente a terceros.
- Abstracto, el titular mantiene su propiedad pese a que temporalmente puedan faltarle algunas facultades. Por ejemplo, si un propietario otorga un derecho real de usufructo a favor de su hijo, no podrá por el plazo establecido usar el inmueble ni beneficiarse de los frutos que éste genera, sin embargo, ello no le resta la calidad de propietario que tiene.
- Perpetuo, pues el derecho de propiedad inmueble no se extingue por su uso.

3. RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD PREDIAL

Por la importancia que tiene la propiedad inmueble y además porque la mayoría de limitaciones contenidas en el Código Civil recaen sobre ésta, hemos decidido precisar las más importantes. En ese sentido, además de las limitaciones derivadas del ejercicio abusivo del derecho y las restricciones por seguridad nacional antes mencionadas, se han clasificado las restricciones que recaen sobre la propiedad inmueble de la siguiente manera:

3.1. Restricciones de Derecho Administrativo

Estas restricciones o limitaciones tienen su fundamento en la seguridad, tranquilidad, la estética, la cultura, e incluso temas de salubridad e higiene.

Las más conocidas son las que surgen de reglamentos municipales relativas a la altura, alineación, requisitos constructivos y estilo de los edificios, o las zonas donde pueden instalarse establecimientos industriales o comerciales.

De este modo, las limitaciones establecidas por las municipalidades pueden consistir en un dejar hacer, como por ejemplo permitir que la municipalidad correspondiente coloque chapas o señalizaciones sobre las paredes de los inmuebles para indicar las calles; y también en un no hacer, como, por ejemplo, prohibir construir edificios que sobrepasan determinada altura.

El Artículo 957 del Código Civil establece que, *“La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.”*

Esta norma es un claro ejemplo de cómo el derecho urbanístico limita el derecho de los propietarios a través de actos de planificación y ordenación, al impedir que puedan construirse edificios en cualquier lado, para cualquier finalidad, y con cualquier estilo arquitectónico, o en contra del entorno y sin seguridad.

Las municipalidades encargadas de la establecer la zonificación de los terrenos de su competencia, condicionan y regulan el uso de la propiedad predial de acuerdo con el bien común, con prevalencia sobre los intereses particulares. De este modo, se establecen zonas residenciales, de comercio, industriales, monumentales, entre otras, y en cada una de ellas se permiten - y se prohíben- determinados usos, coeficientes de edificación, áreas mínimas libres, retiros, alturas, etc (Avendaño Arana, Comentarios al Artículo 957 del Código Civil, 2010, pág. 342).

3.2. Limitaciones Por Razón De Vecindad

Son aquellas restricciones al uso de la propiedad en interés recíproco de los vecinos. Pues el ejercicio del derecho de unos propietarios sobre los fundos ajenos por razones de cercanía, aboca a establecer límites recíprocos (López y López, 1994, pág. 259).

Se encuentran reguladas en los artículos 959 a 964 del Código Civil. Estas normas se inspiran en el bien común, pues el adecuado uso y disfrute de los predios, así como el impedimento de los abusos, constituye una materia propia del interés general, que se sustenta en el derecho humano a contar con un hábitat con calidad de vida, sin ruidos, contaminaciones o interferencias indebidas (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 875).

Asimismo, el autor citado menciona que estas limitaciones se fundamentan básicamente en dos tipos de consideraciones:

- a) La explotación normal de las unidades económicas obliga a tolerar limitaciones recíprocas en el ámbito de las inmisiones o repercusiones imponderables (ruidos, sacudidas, gases, olores, humos). Como el caso de lo establecido en el artículo 961 del Código Civil.
- b) El ordenamiento impone limitaciones a los propietarios con respecto a determinadas facultades de sus fincas, cuyo fin es la mejor explotación de las unidades económicas (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 875).

Las limitaciones por razón de vecindad reguladas en nuestro ordenamiento jurídico más resaltantes son las siguientes:

“Artículo 959.- *El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados.”*

El artículo en mención establece que el vecino puede ingresar temporalmente

al inmueble ajeno cuando sea indispensable para reparar su inmueble, en aquellos casos de peligro actual o inminente.

Esta limitación afecta el carácter exclusivo del derecho de propiedad, pues impide que el propietario niegue el acceso a su predio a algún vecino que necesariamente tenga que ejecutar servicios provisorios para evitar un peligro actual o inminente que amenace la integridad física o patrimonial su predio.

Para que se configure esta limitación a la propiedad se deben presentar los siguientes elementos:

- Debe existir un peligro actual e inmediato, el cual debe ser evitado con el ingreso de terceras personas que solucionen el peligro actual que viene sufriendo el predio vecino (González Linares, 2012, pág. 360).
- Los actos a realizar por el titular del predio vecino deben ser provisorios y debe estar destinados a poner fin a la situación de peligro.
- Debe existir proporcionalidad entre el servicio prestado y el peligro que sufre el predio vecino.

Un ejemplo es en el caso de un incendio, el propietario del predio vecino deberá permitir el ingreso de personas ajenas, como los bomberos, para que puedan solucionar la contingencia presentada en el predio vecino.

“Artículo 960.- Si para construir o reparar un edificio es indispensable pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios, el dueño de éste debe consentirlo, recibiendo indemnización por los daños y perjuicios que se le causen.”

La limitación contenida en el artículo mencionado también es de naturaleza temporal y afecta el carácter de exclusivo que le corresponde al propietario.

Esta limitación, si bien configura una obligación para el propietario de otorgar su consentimiento para el uso de su predio, no implica que el propietario no pueda controlar los posibles excesos en el uso que puedan generar riesgos de daño a su propiedad, en cuyos casos queda facultado para exigir la indemnización correspondiente.

“Artículo 961.- *El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.*

Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.”

Este artículo se fundamenta no sólo en la necesidad de regular la protección de los predios vecinos, sino además en la seguridad, tranquilidad y salud de las personas que habitan la vecindad (Rivera Bustamante, Comentarios al Artículo 961 del Código Civil, 2010, pág. 357). Y se podría considerar que limita la facultad de uso y explotación que le corresponde al titular de un derecho real.

Es una limitación basada en lo que IHERING denominó la “Teoría de la normal tolerancia”, según la cual se han de soportar las inmisiones indirectas si no superan la normal tolerancia, teniendo en cuenta la condición del lugar donde se hallan situadas las fincas (Díez-Picazo & Gullon, 1977, pág. 167).

Cabe precisar que de manera general se debe entender como inmisión a todo lo que penetra en predio ajeno, sea alguna sustancia física, algún olor e incluso cualquier tipo de ruido. En ese sentido, conforme a lo establecido artículo analizado, las inmisiones están prohibidas cuando excedan lo tolerable, para ello habrá que analizarse la finalidad y el uso normal de las propiedades.

En el Derecho comparado (el caso italiano) los jueces analizan la tolerancia normal entre los vecinos, a través del recurso al “uso normal”. Este criterio de normalidad del daño causado está vinculado con la situación del lugar; por tanto, las inmisiones en las localidades de preeminente carácter industrial imponen mayor tolerancia que las permitidas en otras zonas. También es utilizado el criterio de la “sensibilidad común”, es decir, las molestias producidas en un fundo son admitidas cuando éstas sean habituales según el

ambiente del lugar (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 877). Por ejemplo las viviendas ubicadas en zonas de uso industrial estarán expuestas a una mayor tolerancia.

3.3. Otras restricciones a la propiedad inmueble

Entre otras restricciones consideradas por diversos autores tenemos:

- Las servidumbres legales. Son limitaciones a la propiedad predial, aunque no todo límite a la propiedad es una servidumbre (Avendaño Arana, Comentarios al Artículo 1035 del Código Civil, 2010). Pues por ejemplo en las limitaciones a la propiedad no necesariamente hay predio dominante y sirviente.

-Limitaciones a la enajenabilidad del patrimonio familiar. Limitación contenida en el artículo 488 del Código Civil, que establece que, *“El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y trasmisible por herencia.”*

El patrimonio familiar es el régimen legal que tiene por finalidad asegurar la morada o el sustento de la familia, mediante la afectación del inmueble urbano o rural sobre el que se ha constituido la casa-habitación de ella o en el que se desarrollan actividades agrícolas, artesanales, industriales o de comercio, respectivamente (Plácido Vilcachagua, 2010, pág. 282).

En ese sentido, está expresamente prohibido que el bien o bienes, constituidos en patrimonio familiar, sean transferidos o dados en garantía, ya sea a título oneroso o a título gratuito, individualmente o en su totalidad. Esta característica de la inalienabilidad del patrimonio familiar no es absoluta, admite excepciones, las que se dan de acuerdo a las particulares circunstancias y necesidades de las personas a favor de las cuales se constituyó. Las excepciones a la inalienabilidad previstas por nuestra legislación son: a) Urgente necesidad: Se presenta en los caso de “expropiación forzosa” del inmueble por el Estado o por circunstancias inmediatas que hacen ineludibles para el bienestar de las personas a favor de quienes ha sido instituido la venta del mencionado patrimonio. b) Manifiesta

utilidad: Cuando el bien o bienes sobre los cuales ha sido constituido han adquirido una mayor plusvalía y puede resultar beneficioso para los interesados su venta (Escudero Robles & La Rosa Gómez De La Torre, 2011, pág. 7).

TITULO IV

SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

1. ASPECTOS GENERALES

Cabe precisar que en esta parte del trabajo nos centraremos a entender cómo es que se transfieren los inmuebles inter vivos (teniendo en cuenta que también existe transmisiones mortis causa) y desde cuando surte efectos u opera el fenómeno transmisivo.

Cuando estudiamos al derecho de propiedad pudimos determinar que una de las características más importantes es la posibilidad que le confiere al titular de poder excluir a los demás, pudiendo gozar de forma exclusiva de los beneficios que pueda generar el derecho.

Mencionamos esto porque no podemos hablar de cómo es que se transfiere la propiedad, sin antes resaltar que la facultad de exclusión es lo que verdaderamente importa cuando se transfiere un derecho, pues de nada sirve adquirir un derecho de propiedad si no se nos transfiere a su vez la posibilidad de excluir a los demás. En estos casos ya ni siquiera podríamos hablar de una propiedad privada.

2. CONCEPTO

Ahora bien, habiendo explicado lo importante que es la facultad de exclusión en la transferencia de los derechos de propiedad, podemos precisar que cuando hablamos de un sistema de transferencia de propiedad estamos refiriéndonos a un conjunto de principios y reglas que orientan el desarrollo de una institución, siendo ésta, en el presente caso, el traslado de la titularidad

del derecho de propiedad de un sujeto a otro (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 57).

Por lo tanto, un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 166).

3. REQUISITOS

Los requisitos, que según Alfredo Bullard, debe cumplir todo sistema de transferencia de derechos de propiedad (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 168):

a) La propiedad debe estar reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivados del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.

b) La transmisión de la propiedad debe transferir de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Pues sólo cuando el adquirente reciba la facultad plena de exclusión, la propiedad puede cumplir su función económica y social.

c) La transmisión de la propiedad debe basarse en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. Este signo de cognoscibilidad debe ser público, de fácil identificación en lo posible inequívoco (de tal manera que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí), y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

4. FINALIDADES

Por su parte, es importante precisar lo que señala Gastón Fernández Cruz, citado por Beltrán Pacheco, quien sostiene que las finalidades de todo sistema de transferencia son las siguientes (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 57):

a) Maximizar la circulación de la riqueza: Este objetivo precisa que el sistema de transferencia debe conseguir estimular la circulación de los bienes a fin de satisfacer el mayor número de necesidades de los sujetos, generando así riqueza que pueda ser objeto de afectación tributaria lo que implicaría beneficios económicos al fisco para derivarlo en la consecución de obras públicas. De este modo el derecho de propiedad cumple con su función económica. Así mismo mediante el estímulo a la circulación de los bienes se incentiva la inversión que permite una serie de beneficios colaterales como generar fuentes de trabajo y canales de producción.

b) Otorgar seguridad jurídica: Es fin de todo sistema de transferencia de propiedad el ser un conjunto de reglas seguras para los agentes económicos a fin de otorgarles certeza respecto de sus adquisiciones, lo que resulta fundamental en el estímulo de toda inversión, más aún cuando los riesgos implican costos que serán valorados en el análisis de realizar una adquisición.

En la transferencia de propiedad es fundamental complementar la adquisición con un adecuado medio de protección del derecho, teniendo éste por fin otorgarle a la propiedad un carácter exclusivo. Es así que se postula la necesaria existencia de modos publicitarios de adquisición del derecho de propiedad, los cuales deben ser precisos y de amplia difusión, siendo el más eficiente el modo registral.

c) El reducir las adquisiciones a non domino: Respecto de este objetivo debemos indicar que éste alude a la protección de los intereses de los legítimos propietarios ante adquisiciones efectuadas por terceros (no propietarios) de buena fe. Pues por lo general se reviste de mayor importancia la protección de los intereses de los adquirentes por sobre la legitimidad de los enajenantes. Es así que, de actuar el sujeto enajenante (no propietario)

conforme a la fe pública registral no se reconocerá un vicio de nulidad del acto, tal como acontece con los adquirentes de bienes muebles que actúan creyendo en la legitimidad de los enajenantes, los cuales mantendrán su adquisición.

La idea es buscar que dicha situación sea eliminada gradualmente, en la medida que se persigue la protección de las titularidades de los propietarios legítimos, estableciéndose, para ello, diversos mecanismos de tutela mediante medios publicitarios adecuados que persigan eliminar las adquisiciones de terceros carentes de legitimidad así como la posibilidad de que estos invoquen una actuación de "buena fe".

No obstante las tres finalidades anteriormente mencionadas, compartimos lo precisado por Alfredo Bullard, quien precisa que un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 186).

Ello quiere decir, que de aquí en adelante cuando en el presente trabajo nos refiramos a las finalidades de todo sistema de transferencia de propiedad, nos centraremos en la circulación de la riqueza y el otorgamiento de seguridad jurídica.

Por lo tanto, habiendo explicado que se entiende por sistema de transferencia de propiedad, se explicaran los sistemas de transferencia considerados más importantes por la doctrina.

5. CLASIFICACIÓN

5.1. Sistemas Clásicos de transferencia de la propiedad

a) Sistema Romano

Este sistema derivó actualmente en lo que la doctrina conoce como el sistema de la yuxtaposición o unión del título y modo.

En el Derecho romano originariamente existían tres modos de transferir la propiedad:

a) La *mancipatio*: Se utilizaba para la enajenación de las “*res mancipi*”, que eran los bienes más relevantes como por ejemplo predios ubicados dentro de la ciudad, esclavos y algunos animales.

Este acto consistía en una ceremonia en la cual se reunían el transferente y el adquirente en presencia de testigos y un encargado de pesar el metal. En esa ceremonia, el comprador tomaba la cosa o algo simbólico de ella, luego se pesaba el metal como comprobación del pago del precio. En la transferencia de los inmuebles se podía entregar como algo simbólico una teja, las llaves del inmueble, e incluso un pedazo de tierra.

b) La *in iure cessio*: Era también utilizada para la transferencia de las “*res mancipi*”. Del mismo modo, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanada a ello (Vidal Ramos, s.f, pág. 11).

c) La *traditio*: Era empleada para la transferencia de las cosas “*nec mancipi*” (todas las demás cosas no comprendidas como *res mancipi*). Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el tradens (el que entrega la cosa) y el accipiens (el que la recibe) (Vidal Ramos, s.f, pág. 11).

Vemos así que en Roma la sola voluntad de las partes no era suficiente para transmitir por si sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *iure cessio*)

o material (como la *traditio*). Con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente opero a través de la *traditio* (Vidal Ramos, s.f, pág. 11).

La tradición, como forma de transmitir la propiedad, buscaba servir como un medio de publicidad dentro de la sociedad evitando así cualquier simulación que pudiese afectar a terceros. En este caso, el contrato era meramente obligacional, el comprador se convertía en acreedor del vendedor y al final debía hacer entrega del inmueble (Vásquez Ríos, Los Derechos Reales - La Propiedad, 2003, pág. 105).

Los requisitos de la *traditio* romana eran los siguientes:

- a) El tradens, quien era el propietario de la cosa o bien, debía tener la capacidad para enajenar.
- b) El accipiens, o adquirente, debía tener capacidad para adquirir la posesión.
- c) La causa justa, es decir, se necesitaba un acto previo (por ejemplo el contrato) que sirva de base y justifique la intención recíproca de enajenar y adquirir.

De los requisitos se aprecia que este sistema reclama un título para la adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales, como la causa remota de adquisición; y un modo, como la causa próxima (González Linares, 2012, pág. 383). El acto de compraventa puede ser el título, y la *traditio* o entrega es el modo.

Cabe precisar también que, la *traditio* romana, no era una simple entrega de la posesión del bien, sino que se realizaba la entrega del bien con el ánimo de transferir la propiedad de éste.

De todo lo expuesto queda claro que en Roma los simples contratos o acuerdos no bastaban para transferir la propiedad de los bienes (entre ellos los inmuebles), se necesitaba un acto material que servía como publicidad sobre dicha transferencia, al principio existieron la *mancipatio* y la *in jure*

cessio, y finalmente quedó como único modo de transferencia la traditio.

b) Sistema Alemán

En este sistema, la transferencia se realizaba en dos fases: la primera, comprendía la realización de un acto jurídico obligacional, y la segunda fase, la realización del acto traslativo. Por lo tanto, al igual que en Roma, el acuerdo entre las partes, expresado en el contrato, no era suficiente para la transferencia de la propiedad, sea de bienes muebles o inmuebles. Respecto a los primeros, se requería la tradición; y, respecto a los bienes inmuebles era necesaria la inscripción del contrato en el registro de propiedad.

En ese sentido, respecto a los inmuebles, el Derecho germánico basa su transmisión de la propiedad en el registro de la propiedad inmueble. La aparición de estos registros o los libros territoriales se remonta al año 1135 en Colonia y luego se extienden a otras ciudades alemanas.

En las principales ciudades se solía archivar oficialmente, en libros especiales, las investiduras o los acuerdos de transmisión (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 155). Estos registros, al principio, se llevaban por orden cronológico. Luego empezaron a crearse libros para cada casa y las futuras inscripciones relacionadas con el mismo predio se inscribían en el mismo libro.

Así la forma de realizar las transferencias mediante el registro fue evolucionando, hasta que se promulgó el Código Alemán de 1896 y la Ordenanza del Registro de 1897, en las cuales resaltaba el carácter constitutivo de la inscripción, de tal suerte que ésta determina la transferencia o constitución de los derechos reales sobre inmuebles (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 158).

Cabe mencionar que, el sistema alemán dio origen a lo que actualmente se conoce como el sistema de la separación del contrato. En el cual, para la transferencia se requería que, en un primer momento, exista un contrato obligacional, por el cual las partes creaban un compromiso en el cual una de

ellas se obligaba a transferir el inmueble y la otra pagar el precio para adquirirlo. Luego las partes, para ratificar su decisión, acuerdan otro pacto denominado “contrato traslativo”, con la finalidad de que se torne efectiva la transferencia. Este contrato traslativo se realizaba en presencia del encargado del registro territorial, quien procedía a extender la respectiva inscripción registral que determinará, desde entonces, la transferencia de propiedad.

Cabe precisar que estos dos contratos (contrato obligacional y contrato traslativo), son independientes. El contrato obligacional, por su parte, sólo otorga un derecho personal, por lo tanto no le otorga al adquirente la posibilidad de exigirle al enajenante que acuda al registro territorial a suscribir el contrato por el cual se transferirá la propiedad.

Del mismo modo, si el título o negocio causal se declara nulo, no por eso la enajenación deja de surtir efecto si ya se perfeccionó a haberse realizado la inscripción. En aquellos casos la parte en cuyo favor se declara la nulidad solo puede hacer valer la acción de enriquecimiento sin causa (González Linares, 2012, pág. 385).

Por otro lado, se verifica que este sistema se diferencia del sistema romano, en el sentido de que la tradición es sustituida por la inscripción en los registros. Por lo tanto, este sistema ofrecía mayor seguridad para el adquirente, por cuanto en el concurren: el consentimiento, la tradición y la inscripción del derecho de propiedad (González Linares, 2012, pág. 384), de tal modo que con la inscripción, el titular del derecho real puede gozar de la oponibilidad frente a terceros.

c) Sistema Francés

Este sistema no considera a la tradición como lo relevante en la transferencia de la propiedad como sucedió en Roma, mucho menos exige la inscripción en algún registro para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles como lo planteaba el sistema alemán. Para este sistema lo sustancial es el consentimiento de las partes, es decir, la voluntad de las partes por medio del contrato es suficiente para producir el efecto de la transmisión de la propiedad

(Díez-Picazo & Gullon, 1977, pág. 65).

Se considera que en el Derecho romano ya se esbozaba esta teoría de transmitir con el mero consentimiento. Ello se produce porque la tradición se fue espiritualizando, de tal forma que terminó por admitirse una amplia cantidad de mecanismos ficticios de entrega, sin traspaso posesorio. En estos supuestos, la transferencia de la propiedad acontecía básicamente con el mero consentimiento manifestado en el título de adquisición, y al cual se le añadía una estipulación de “traditio ficta” (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 144).

Pero fue el Código Francés de 1804, promulgado en un contexto revolucionario, el que terminó de consagrar al solo consentimiento entre las partes como único requisito necesario para la transferencia de la propiedad a favor del comprador. Ya no era necesario que se produzca la tradición efectiva del bien, el pago del precio, o alguna otra formalidad.

En este sistema, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto del consenso, siendo las voluntades de transferir y adquirir, suficientes para hacer propietario al adquirente. En ese sentido, la tradición que resultaba luego del pacto, consistía en un acontecimiento que no transfería la propiedad, solo tenía como finalidad poner al adquirente en aptitud de servirse del bien, pues la transferencia ya se había realizado.

De lo expuesto queda claro que, la base de este sistema era la voluntad, la cual es considerada como toda poderosa para crear obligaciones, y es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales (Vidal Ramos, s.f, pág. 12).

Sin embargo, esto hizo que inicialmente en Francia las operaciones inmobiliarias quedaran en la clandestinidad, debido a que su sistema no exigía algún signo de publicidad que permita que al comunidad tome conocimiento de la propiedad transferida, situación que si se presentaba en Roma con la traditio y en Alemania con la exigencia de la inscripción del contrato en el registro correspondiente.

Por lo tanto, debido a los problemas que tenían para defender el derecho adquirido frente a terceros, los franceses precisaron que mediante la inscripción en el fichero inmobiliario, la transmisión de la propiedad inmueble tenía efectos frente a terceros.

Cabe precisar también que, dicha inscripción no convalidaba los vicios de los títulos como sucedía en el sistema alemán.

5.2. Sistemas Contemporáneos de transferencia de propiedad

La doctrina considera que actualmente existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, el sistema de la unidad del contrato y el sistema de la separación del contrato.

5.2.1. Sistema de la Unidad del Contrato

Este sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo acto jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad.

En ese sentido, el contrato, entendido como acto jurídico consensual, sirve como la única base sobre la cual se respalda la existencia de una obligación y la adquisición del derecho subjetivo de propiedad (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 61).

Dentro de este sistema se encuentran dos subsistemas o modalidades:

a) Sistema transmisivo de causa única:

Para este subsistema es suficiente solamente el contrato para generar el efecto de transferir la propiedad, no se requiere de modo alguno, pues el acuerdo de voluntades genera el nacimiento del derecho del nuevo propietario (Vidal Ramos, s.f, pág. 8). De este modo, la transferencia de la propiedad se produce como un efecto del acuerdo, sin necesidad de mediar otro acto como por ejemplo la entrega efectiva del bien o inscripción registral.

En ese sentido, el sistema de causa única, rechaza la distinción entre el título

y el modo de adquisición de la propiedad. Aquí solo basta título, el modo es prescindible o simplemente no es considerado necesario. El modo se encuentra subsumido por el acto volitivo de las partes.

Asimismo, en este sistema, al considerarse al contrato como fuente de la mutación jurídica real, el hecho que se declare la ineficacia estructural del acto celebrado, implicará la no producción del efecto traslativo (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 63).

Por otro lado, considero correcto que la doctrina ubique dentro de este sistema de causa única, al **sistema consensual o sistema declarativo** que tuvo su origen en Francia como se explicó anteriormente, en el cual el consentimiento de las partes es suficiente para que la transferencia sea efectiva y haga propietario al comprador.

Díez Pícaso se refiere al sistema de la transmisión consensual como aquel en el que la voluntad de las partes por medio del contrato es suficiente para producir el efecto de la transmisión de la propiedad (Díez-Pícaso & Gullon, 1977, pág. 65), pues la propiedad se considera transferida al momento del surgimiento de la obligación, no requiriéndose acto complementario o algún modo de reconocibilidad social.

Las legislaciones que adoptan este sistema consensual tienen como objetivo hacer más simple el tráfico de bienes de tal manera que puedan lograr la mayor circulación de riqueza, ya que no será necesaria la inscripción en el registro.

La doctrina considera que este sistema alcanza grados de perfección legislativa en el derecho itálico, pues en este país, su vigente Código Civil de 1942, en su artículo 1376° prescribe que: *“En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada (...), **la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado**”* (Rodríguez Portal, 2010).

Del artículo del Código Italiano mencionado, se deriva una regla fundamental del sistema consensual o declarativo, el cual consiste en que la transferencia por el acuerdo de las partes se hace efectivo sólo en aquellos casos en que el objeto de la transferencia sea un bien determinado, no en las ventas condicionales o subordinadas a algún acontecimiento particular (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2000, pág. 17).

Entre los países que han adoptado el sistema consensual tenemos a Francia, Italia, Portugal, México, Costa Rica, entre otros (Vidal Ramos, s.f, pág. 9).

b) Sistema Transmisivo de la Doble Causa:

En este sistema, si bien el contrato es la base para la transferencia de propiedad, se necesita además otro acto relacionado que permita consumir dicha transferencia. El contrato sirve como fuente pero además se necesita un signo de reconocibilidad social (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 64) para que se produzca la mutación jurídica real. Este signo de reconocibilidad social tiene como finalidad poner de conocimiento a la comunidad la transferencia de propiedad.

En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina “acto de obligación”, “título” o “causa remota” (ejemplo el contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el “acto de disposición”, “modo” o “causa próxima”, por medio de éste la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ejemplos la tradición, la inscripción, etc.) (Vidal Ramos, s.f, pág. 9). El acto de obligación y el acto de disposición son dos actos diferentes pero dependientes uno del otro.

En ese sentido, podríamos decir que el título es el hecho que da la posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real (Alessandri Rodriguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 255); y el modo es el acto al que la ley le atribuye el efecto de materializar, en forma ostensible e indudable, el desplazamiento patrimonial determinado por el título.

Cabe precisar que la característica fundamental de este sistema es que

necesariamente deben concurrir el título, como base o fuente de la transferencia, y, el modo como la forma en que dicha transferencia podrá hacerse efectiva.

Se le denomina sistema de la doble causa, debido a que la transferencia se produce por dos actos concurrentes; a través del título se constituye el derecho obligacional –que se limita a vincular a las partes-; y a través del modo se constituye el derecho real –que afecta a la generalidad de las personas (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 140). Pues el modo es el signo de publicidad que servirá para hacer oponible el derecho adquirido frente a terceros.

Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas o modalidades, los cuales se diferencian en el acto que hace efectiva la transferencia de la propiedad.

b.1. Sistema de la unión o yuxtaposición del título y el modo

También se le denomina como el sistema de transmisión mediante traditio causalmente enlazada con los negocios obligatorios antecedentes, pues el modo (tradición) que efectivizará la transferencia, encuentra su justificación en el contrato causal (título).

Este sistema actual del título y el modo tiene su base en lo que era la traditio romana, en donde ya la traditio por sí sola no servía para transmitir el dominio (Díez-Picazo & Gullon, 1977, pág. 65), si no se necesitaba que se encuentre precedida de un negocio jurídico que justifique dicha transmisión.

En ese sentido, en este sistema, la transferencia de propiedad se produce con la conjunción de dos elementos: un contrato causal con finalidad traslativa (título), que funciona como justa causa de la tradición (modo) (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 1215).

Cabe precisar que la tradición es distinto a la entrega. Esta última es un traspaso material de algún bien de manos de una persona a otra. Dicha entrega se convierte en tradición cuando hay una verdadera intención de

transferir y adquirir el dominio.

En ese sentido, con la traditio aparece el elemento publicitario que permitirá a los terceros conocer la situación jurídica del bien; de esta forma se reconoce la naturaleza propia de cualquier derecho real, cuál es ser oponible frente a todos.

Como se mencionó anteriormente, si hay título pero no llega a concretarse el modo, no se llega a ser propietario, solo se obtiene un derecho de crédito. Del mismo modo, si hay modo (tradicción) pero no existe el contrato o título, solo se obtiene un traspaso de posesión no la transferencia de propiedad.

En conclusión para este sistema es necesario que exista un título (contrato) y a su vez que se realice la traditio efectiva del bien a favor del adquirente para que éste puede ser propietario.

Este sistema se aplica para la transferencia de inmuebles en España, Colombia, Ecuador, Argentina y Chile (Vidal Ramos, s.f, pág. 9).

b.2. Sistema Registral Constitutivo no Convalidante

Al ser un sistema que deriva del Sistema Transmisivo de la Doble Causa, se necesita además del acuerdo de las partes un signo que exteriorice dicha voluntad de transferir y adquirir la propiedad o signo de reconocibilidad social. En este sistema no es la tradición la que genera la transferencia de propiedad, si no la inscripción en el registro, ya que con la inscripción el comprador será propietario.

De este modo el registro cumple una función de modo y por tanto un fin traslativo, aunque con las limitaciones de no poder convalidar situaciones que resultan inválidas, en tanto se considera la existencia de una misma fuente (el contrato) (Beltrán Pacheco, 2011, págs. 65-66). Esto quiere decir que si la causa remota, título o contrato, llega a ser nulo, también lo será la inscripción realizada en el registro que permitió perfeccionar la transferencia, pues ambos actos se encuentran ontológica y jurídicamente vinculados el uno al otro, lo que a su vez lo diferencia sustancialmente del sistema de separación del

contrato en el cual la inscripción es convalidante.

En ese sistema el registro es el medio que permite hacer oponible de manera eficiente el derecho de propiedad adquirido contra terceros. Este sistema es adoptado solo para inmuebles en Brasil (art. 676 de su C.C.) (Vidal Ramos, s.f, pág. 9) y Uruguay.

5.2.2. Sistema de la Separación del Contrato

Este también es denominado como el sistema de transferencia de causa abstracta. Dicho sistema tiene origen en Alemania, cuya normativa establece que para la transferencia de la propiedad inmueble se realicen dos actos, distinguiendo el acto obligacional del acto de disposición. El primero de los actos jurídicos produce una relación jurídica obligacional entre las partes, sirviendo de base para la transferencia; por otro lado, el segundo acto es el que produce la transferencia de la propiedad al momento de la inscripción registral.

Lo mismo explica Freddy Escobar citado por (Nuñez, 2014) al señalar que “el primer negocio contiene la voluntad de las partes de crear un vínculo en virtud del cual una de las partes queda obligada a transferir a la otra la propiedad de un bien. El segundo negocio contiene la voluntad de las partes de transferir y adquirir la propiedad del bien. Este negocio es abstracto. Finalmente, el acto ejecutivo real está constituido por la inscripción del negocio dispositivo en el registro”.

Al tratarse de dos contratos diferentes e independientes, el contrato causal u obligacional no faculta al adquirente la posibilidad de exigirle la enajenante que acuda al registro para suscribir el acta que transferirá la propiedad. Por ello es que se considera que, en este sistema, lo que interesa para la transferencia de derechos reales es sólo el modo (Alessandri Rodríguez & Somarriva Undurraga, 1974, pág. 256), el cual en el caso de los inmuebles será la inscripción en el registro.

En la legislación alemana, el segundo contrato (denominado también contrato

traslativo), por el cual las partes reafirman y efectivizan la transferencia pactada, se realiza ante un tercero, quien es el encargado del registro territorial (quien representa al Estado), el cual verificará el acuerdo de las partes y procederá a extender la respectiva inscripción registral, perfeccionándose así la transferencia. Con esta intervención se le confiere al negocio, a las partes y a terceros - que pudieran contratar con ellas en un futuro - la tan ansiada seguridad jurídica que esperan, la que se edificara mediante la publicidad que otorga la inscripción en los registros territoriales del estado (Congreso de la República, s.f, pág. 5).

Es decir, cuando se desea transferir la propiedad del inmueble, luego de haber celebrado el contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir el bien y la otra parte a pagar el precio que corresponda; las partes, deberán realizar los trámites necesarios para que dicha transferencia pueda necesariamente acceder al registro para ser efectiva.

Producida la inscripción registral, desde ese momento, tiene efectos el acto real de transferencia.

La denominación de sistema de separación del contrato se funda en que los dos contratos son independientes. El contrato traslativo es independiente del contrato obligacional que lo precede. Por lo tanto, si el contrato obligacional llega a ser nulo, la transferencia de propiedad igual se consuma en virtud del acuerdo abstracto. Sin embargo, se sostiene que en estos casos el adquirente deberá restituir el valor del bien a través de la figura del enriquecimiento sin causa (Gonzales Barrón, Tratado de Derechos Reales, 2013, pág. 1215).

De esto último se justifica que, la doctrina considere que dentro de este sistema se ubica el sistema registral constitutivo convalidante. Esto quiere decir que, la inscripción que produce la transferencia de propiedad, genera la convalidación de los vicios que pueda tener el acto causal, continuando el adquirente del bien con el derecho de propiedad.

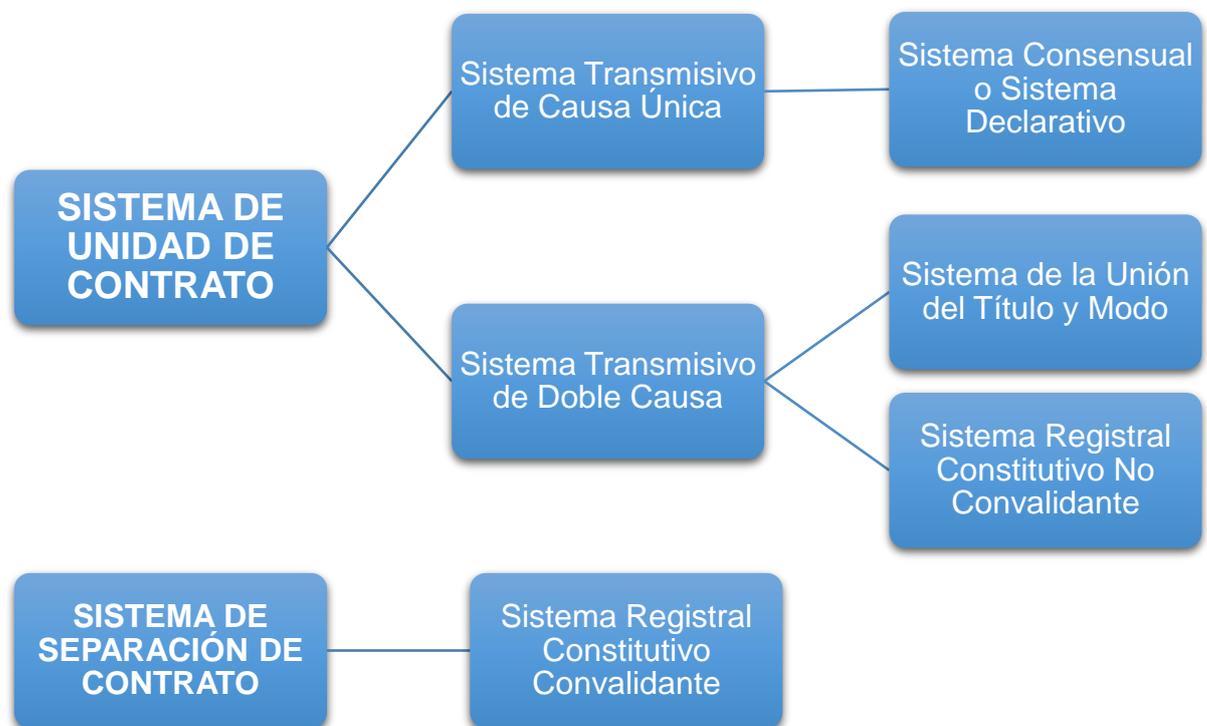
Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para los inmuebles, el sistema registral constitutivo

convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano (Vidal Ramos, s.f, pág. 10).

Cuadro Resumen

A manera de resumen y con la finalidad de entender mejor la clasificación de los sistemas antes descritos se presenta el siguiente cuadro:

CUADRO N° 1: SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE



6. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE

Para poder realizar un breve análisis de los sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad inmueble debemos recordar y tener en cuenta las finalidades u objetivos de los sistemas de transferencia de propiedad

inmueble, las cuales son: maximizar la circulación de la riqueza y otorgar seguridad jurídica.

En ese sentido pasaremos a precisar los beneficios y defectos de los sistemas de transferencia:

6.1. Sistemas de Unidad del Contrato

6.1.1. Sistema de Causa Única – Sistema Consensual

Partiremos de mencionar que, este sistema al no exigir inscripción, no genera muchos gastos económicamente hablando que encarezcan el intercambio de bienes. Lo que en buena cuenta, conllevaría a que se realicen más transferencias, fomentando la circulación de riqueza.

Sin embargo, genera otros costos, como el de la incertidumbre, pues carece de un adecuado mecanismo de seguridad, en la medida que no cuenta con un medio publicitario que haga oponible la adquisición de terceros, pues el consenso no es un acto aparente que permita a los terceros tomar conocimiento de la transferencia.

Es por ello que se sostiene que este sistema transfiere propiedades relativas, pues no permite oponer el derecho adquirido frente a terceros. Esto conlleva a encarecer la información, por cuanto es más difícil identificar a los titulares de los derechos reales, y en realidad desincentiva el intercambio de bienes.

Por otro lado, permite la aplicación de mecanismos alternativos de publicidad, según sea la realidad en la que se encuentre el sujeto adquirente, lo que no “enajena” los valores y costumbres de los grupos culturales diversos que pueden existir en una realidad pluricultural (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 70).

6.1.2. Sistema de Doble Causa (Unión del Título Y Modo – Sistema Registral Constitutivo No Convalidante)

Definitivamente este sistema tiene un costo adicional al sistema consensual pues, se necesita de un instrumento adicional que permita trasladar efectivamente la propiedad del bien.

En este sistema se presentan costos diversos generados por los modos de adquisición, como por ejemplo los gastos que conllevaría hacer efectiva la entrega del bien al adquirente, o los gastos que implica el registro, el cual en nuestro país no ha cumplido una función adecuada al carecer de elementos indispensables para su desarrollo, como son la formación de un catastro (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 71).

Por lo tanto, este sistema no fomenta, en teoría, la circulación dinámica de los bienes y, por ende, tampoco la riqueza.

Por otro lado, se menciona como un beneficio del sistema del título y el modo el hecho de proteger al vendedor, pues éste no pierde el derecho sobre la cosa hasta el momento ulterior en que se produce la tradición, y normalmente ella viene unida con el pago del precio (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 149).

Otro de los beneficios de este sistema (en sus dos modalidades) es que la existencia de un modo genera certeza en el adquirente (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 71); asimismo la posibilidad de publicitar la adquisición ya sea a través de la posesión (si la transferencia operó con la tradición) o del registro (si la transferencia operó con la inscripción) hacen posible la exclusión de una manera más efectiva a los terceros. De este modo, se brinda una mejor seguridad, lo que genera un incentivo en las transferencias.

6.2. Sistema de Separación del Contrato

Recordemos que este sistema diferencia los efectos obligacionales del contrato con los efectos del acto constitutivo de la propiedad. Este es el mayor beneficio del sistema, pues genera una certeza absoluta al adquirente, quien podrá sentir seguridad respecto a los efectos del acto de enajenación en la medida que cualquier eventualidad que conlleve su invalidez o ineficacia no podrá conllevar alteración alguna de la mutación jurídica real operada (Beltrán Pacheco, 2011, pág. 72).

En contraparte este sistema genera un problema, una vez que se produzca

inscripción, los sujetos que eran titulares no podrán recuperar su derecho de propiedad, pese a que el acto causal sea inválido o ineficaz, quedando solamente con la opción de obtener indemnizaciones, que de ninguna manera reemplazaran a la propiedad pérdida.

Por otro lado, también se sostiene que este sistema tiene el inconveniente para el comprador de que su vendedor, mientras no se realice el acto de disposición, está en situación de poder transferir la cosa a un tercero o gravarla con eficacia jurídica, sin que el comprador pueda salir al paso a la ejecución (De La Puente y Lavalle, 2002).

TITULO V

SEGURIDAD JURÍDICA

1. ASPECTOS GENERALES

Cuando hablamos de seguridad hacemos referencia a una situación exenta de todo tipo riesgo, situación que siempre será buscada por el hombre. En ese sentido, se puede decir que el hombre por naturaleza se siente mejor cuando está seguro, por lo que, se puede afirmar entonces que, la seguridad es un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror "ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido" (Zavala Egas, 2012, pág. 219).

Lamentablemente, en la actualidad vivimos en un mundo en el que casi nadie se siente seguro (en cualquiera de los aspectos de la vida de una persona). Esta inseguridad genera problemas en la sociedad, pues impide muchas veces que las personas realicen cualquier actividad, al no contar con un mínimo de exigencias que les garantice protección respecto de sus derechos.

Por otro lado, el ser humano es por naturaleza un ser social, pues necesita de los demás para poder desarrollarse y darle sentido a su vida. Es en este proceso de desarrollo, donde se relaciona e interactúa con diversos sujetos, para satisfacer diversas necesidades celebrando hoy en día diversos actos

jurídicos; sin embargo, no es capaz de conocer y predecir con cierto grado de certeza cuál será el comportamiento con el que se desenvuelvan dichos sujetos, por lo que debe suponerlo y confiar en éste.

Por lo tanto, es aquí donde el Derecho toma relevancia, pues este surge, por la urgente necesidad de seguridad y certeza, es decir, que su creación va encaminada a establecer el orden en la vida social (Castellano & Martínez Báez, 2005, pág. 1). El origen del Derecho tiene que ver con el deseo del ser humano de protegerse dentro de un grupo humano; la necesidad de tener seguridad jurídica ha sido el motor en la creación del derecho (Morales Godo, 2000, pág. 423).

En ese sentido, es el Estado quien busca otorgar seguridad garantizando que los derechos de las personas sean ejercidos bajo el imperio de la ley, y no de la arbitrariedad, de tal modo que permita que la sociedad se desarrolle de manera plena. Pues sin seguridad no florecen la libertad, la democracia y la justicia; sin seguridad no es posible el desarrollo de los pueblos (Castellano & Martínez Báez, 2005, pág. 5). De ahí que muchas veces la seguridad sea considerada como el primer deber del Estado.

Como se mencionó anteriormente, la búsqueda de seguridad es deseable en cualquiera de los aspectos de la vida de una persona; a veces se anhela una seguridad de carácter económico, pues el hombre busca en alguna forma tener la certeza de su futura subsistencia, asegurar sus ingresos, asegurar la vejez. En otros casos, la seguridad tendrá como base la certeza en el conocimiento de las normas que rigen nuestras relaciones sociales, lo que permite saber que actitudes deben tomarse (Moisset De Espanes, 2015, pág. 411). Pero sin duda alguna todo ello conlleva a pensar en la seguridad como un ideal que toda sociedad anhela y busca para poder desarrollarse.

En consecuencia, aparece el concepto de seguridad jurídica, el mismo que se considera está íntimamente ligada al hecho de que el hombre necesita saber a qué atenerse y saber que si en determinado realiza alguna actividad, sus derechos serán protegidos y no perturbados.

2. CONCEPTO

La palabra seguridad es sinónimo de certeza, confianza y estabilidad, por lo tanto, dicho término significa la búsqueda de protección referida a ciertas amenazas. También significa un estado de tranquilidad y confianza recíproca entre las personas.

En ese sentido, la seguridad jurídica puede ser definida como estabilidad del ordenamiento jurídico que rige en un Estado, que debe contener normas que tengan cierta permanencia, y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y la ciudadanía (Ortecho Villena, 2010, pág. 17).

En la misma línea se expresa el Dr. Jhonny Cáceres Valencia, quien precisa que la seguridad jurídica es un principio jurídico que otorga estabilidad y certeza, que tiene como causal el ordenamiento jurídico que procura garantizar la justa aplicación de las normas dirigidas a proteger los derechos de las personas (Cáceres Valencia, 1998, pág. 51).

Por otro lado, se sostiene también que, la seguridad jurídica puede traducirse como la certeza que deben tener los miembros de la comunidad de que el sistema jurídico va a proteger eficazmente sus derechos, o que su conflicto de intereses o su incertidumbre jurídica pueden volverse con cierto grado de predictibilidad (Cardenas Alvarado, 2010, pág. 52).

Siguiendo con las definiciones doctrinarias tenemos la precisada por Arrázola Jaramillo, quien señala que el principio de seguridad jurídica implica, por un lado, la certeza del derecho en cuanto al conocimiento de cuáles serán las normas aplicables en un caso concreto y, por otro lado, algún grado de seguridad en cuanto a la interpretación uniforme que jueces y tribunales darán a dichas normas, de tal forma que tenga realización el principio de igualdad ante la ley, es decir, que ante situaciones de hecho similares deben seguir pronunciamientos jurisdiccionales similares (Arrázola Jaramillo, 2014, pág. 7).

Castellano citando a Delos señala que la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de

ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación (Castellano & Martínez Báez, 2005, pág. 4).

Del mismo modo, puede ser definida como un valor que tiene por objeto la certidumbre y confianza de que los actos y omisiones humanas realizadas de conformidad al orden jurídico establecido son y serán protegidas por los poderes y funciones del Estado y de que los actos y omisiones realizadas contra el orden establecido serán castigados. Es por ello que la seguridad jurídica concede un margen de tranquilidad psicológica, pues sabemos que el derecho protege nuestro interés (Huanca Quispe, 2013, pág. 296).

De todo lo expuesto anteriormente, como concepto propio podríamos decir que la seguridad jurídica, en nuestra legislación, es considerada un principio constitucional que consiste en aquella protección, por parte del ordenamiento jurídico, de los derechos frente a ciertas amenazas o perturbaciones, situación que permite a las personas vivir en un estado de tranquilidad y confianza que a su vez le permitan ejercer sus actividades normalmente.

En conclusión podría afirmarse lo siguiente (Arrázola Jaramillo, 2014, pág. 10):

- El concepto de seguridad jurídica contiene tres dimensiones desde las cuales debe ser entendido: como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos.
- La seguridad jurídica es un elemento fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, y que su relación con el derecho es esencialmente legitimadora y garantista, pues es a través de la seguridad jurídica que los demás principios del derecho se materializan

y son garantizados, logrando así un armónico funcionamiento de cualquier sistema legal.

3. NATURALEZA DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Cuando nos referimos a la naturaleza de “algo” nos estamos refiriendo a la esencia de “ese algo”, a lo que propiamente es lo que se analiza. En ese sentido intentare precisar que naturaleza tiene la seguridad jurídica, esto es, precisar si se trata de un principio, de un valor o de un fin.

3.1. Como Fin

La seguridad jurídica como uno de los fines del Derecho, constituye un objetivo básico para cualquier ordenamiento.

Asimismo, se considera que los fines del Estado son la Justicia, el Bien Común y la Seguridad. Por lo que es tarea del Estado cumplir con esos fines que son los que le impone la sociedad, y su cumplimiento constituye su razón de ser (Castellano & Martínez Báez, 2005, pág. 3).

En esa línea tenemos a la Constitución Española, la cual en el Preámbulo afirma que la Constitución representa el deseo de la nación de establecer la justicia, la libertad y la “seguridad” (Avila, 2012, pág. 33).

3.2. Como Valor

La palabra “valor” significa aquel estado deseable, buscado por diversas razones, las cuales pueden ser sociales, culturales, económicas, entre otras.

Se debe tener en cuenta que los valores no tienen carácter normativo sino sirven de fuente inspiradora a los principios o a determinado ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la seguridad jurídica vendría a ser un valor porque toda sociedad busca un ordenamiento previsible lo que es mejor para su desarrollo.

Los valores jurídicos como el de seguridad, orden y paz, son necesidades del hombre, que deben ser satisfechas en atención a un imperativo superior, el

cual es el valor supremo “Justicia”. En ese sentido, la seguridad jurídica sería el valor instrumental que nos permite alcanzar el valor supremo Justicia.

Por su parte, Humberto Ávila sostiene que, la seguridad es un valor que, junto al de justicia y la paz social, inspira cualquier ordenamiento jurídico. Pues sin un mínimo de certeza, eficacia y ausencia de arbitrariedad, no se puede hablar de un sistema jurídico (Ávila, 2012, pág. 108).

Como ejemplo de lo mencionado tenemos a la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la cual en su Preámbulo, califica a la libertad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad, la justicia y, también, “la seguridad”, como valores supremos de la sociedad (Ávila, 2012, pág. 33). Además también contiene normas constitucionales que reconocen a la seguridad jurídica como un derecho fundamental, estableciendo garantías que aseguren los derechos.

3.3. Como Principio

Los criterios antes descritos son válidos, pues consideramos que la seguridad jurídica puede ser considerada tanto un valor como un fin; ya que es evidente que el concepto de seguridad jurídica siempre estará vinculado con las finalidades que un determinado ordenamiento busca y con las distintas instituciones que éste consagra.

No obstante, todo lo descrito, preferimos otorgar la calidad de principio a la seguridad jurídica, pues pese a no ser reconocido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra inmerso en él, ya que como todo principio es una idea fundamental e informadora de la organización jurídica de la nación (Wolters Kluwer, s.f). Además los principios tienen desarrollo normativo en los distintos niveles del ordenamiento jurídico.

La idea de considerar a la seguridad jurídica como un principio del Derecho, es un criterio desarrollado en la legislación comparada, como ejemplo ello tenemos un pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José Costa Rica, que en la sentencia N°267-12 cita textualmente lo siguiente: “(...) *Reiteradamente la Sala ha indicado que la*

seguridad jurídica es un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan (...)”.

En esa misma línea se ha referido nuestro Tribunal Constitucional, el cual considera que la seguridad jurídica, aun cuando no se encuentra reconocida de forma expresa, es un principio constitucional. Para ello, precisa en el expediente N° 016-2002-AI/TC lo siguiente: “(...) 3. **El principio de la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho.** La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, **es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad**(...)El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”.

Por otro lado, Gunther Gonzales Barrón, no califica a la seguridad jurídica como principio propiamente dicho, sino que lo ubica como subordinado al principio de paz jurídica, la cual es un fin que los hombres buscan mediante su agrupación bajo reglas de convivencia común y con el arbitraje del Estado. Dentro de este concepto se encuentra la seguridad jurídica, entendida como la certidumbre de que se puede contar con determinadas reglas de derecho, cuya aplicación sea igualitaria, y que los derechos adquiridos de una forma

determinada (a través del registro, alguna sentencia, o establecidos mediante contratos) sean protegidos por los tribunales (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 47).

En efecto, si bien considero reconocer a la seguridad jurídica como un principio, no debemos dejar de lado los otros criterios expuestos, pues la seguridad jurídica debe ser entendida como un valor ligado al valor supremo que es la justicia. Así mismo, no podemos desconocer que uno de las finalidades del Estado es el otorgar seguridad jurídica a sus ciudadanos a través de sus normas e instituciones.

4. ELEMENTOS DE LA SEGURIDAD JURIDICA

El doctor Victor Ortecho Villena identifica como elementos constitutivos de la seguridad jurídica los siguientes (Ortecho Villena, 2010, págs. 17-18):

- La certeza jurídica: Significa la existencia de un conocimiento seguro, claro y evidente de las normas jurídicas existentes.
- La eficacia del derecho: Significa que las normas jurídicas que han sido promulgadas o expedidas, tengan la capacidad de producir un buen efecto, es decir que sus resultados cumpla con encaminar correctamente las relaciones, tanto de los órganos y dependencias del Estado con los ciudadanos y de éstos entre sí.
- La ausencia de arbitrariedad: Ello significa que en la expedición de las normas jurídicas como en su aplicación, prevalezca la justicia y la razón y no la voluntad de quien detenta el poder.

Por su parte, Humberto Avila señala que para que se configure la seguridad jurídica deberán presentarse los siguientes elementos:

- Cognoscibilidad: Es la capacidad de que el ciudadano comprenda los sentidos posibles de un texto normativo (Avila, 2012, pág. 105). Cabe precisar que el ciudadano común, es decir alguien que no sea especialista en Derecho, sin mala fe, prudente e informado debe ser quien pueda comprender las normas.

Este elemento coincide con lo que Ortecho Villena denomina certeza jurídica.

- **Confiabilidad:** Implica que el ordenamiento jurídico debe ser protector de expectativas y garante de cambios estables. Asimismo, significa el estado ideal en el que el ciudadano puede saber cuáles son los cambios que pueden producirse y cuáles no, evitando, de esa forma, que se frustre sus derechos (Avila, 2012, pág. 582).
- **Previsibilidad,** la cual es la total capacidad de prever las consecuencias jurídicas de actos o hechos, teniendo presente los límites de la intervención del Poder Público sobre los actos que realiza, conociendo, anticipadamente, el ámbito de discrecionalidad existente para los actos estatales (Avila, 2012, pág. 107).

5. ASPECTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

5.1. Aspecto Objetivo

Cuando nos referimos al aspecto objetivo estamos aludiendo al objeto de la seguridad jurídica. En ese sentido, la doctrina plantea lo siguiente

- Cuando el objeto de la seguridad jurídica es una norma, el objeto sería comprender las consecuencias jurídicas de actos o hechos. En ese sentido, hay seguridad jurídica cuando el ciudadano tiene la capacidad de conocer y calcular los resultados que el Derecho atribuirá a sus actos (Avila, 2012, pág. 117). Su aplicación puede referirse a una norma general, legal o reglamentaria, a un acto administrativo o a una decisión administrativa o judicial.

La seguridad jurídica representa un estado ideal de certeza absoluta como posibilidad de que el ciudadano consiga prever, con exactitud, el contenido de las normas a las que está y estará sujeto, así como las consecuencias exactas que se les atribuirán a sus actos (Avila, 2012, pág. 141).

En ese sentido, la seguridad equivale a la certeza del contenido de la

norma y a la previsibilidad exacta de las consecuencias que hay que atribuir a los actos realizados (Avila, 2012, pág. 141).

- Cuando el objeto no es una norma, es todo el ordenamiento jurídico, en ese sentido, el ordenamiento jurídico debe ser inteligible formal y materialmente; debe tener durabilidad y estabilidad, no pudiendo ser objeto de modificaciones abruptas e incoherentes.

5.2. Aspecto Subjetivo

Como aspecto subjetivo nos referimos a los sujetos de la seguridad jurídica o a los titulares del derecho a la seguridad jurídica.

En ese sentido, los titulares activos de este derecho son los ciudadanos y las organizaciones de la llamada sociedad civil; éstas últimas son organizaciones que con mayor permanencia están destinadas a defender la seguridad jurídica tanto porque implícitamente constituyen grupos de interés y por lo que pueden reclamar a nombre de ellas como por lo que suelen hacerse eco de los intereses del resto de la ciudadanía (Ortecho Villena, 2010, pág. 24). Entre ellas están los colegios profesionales, las organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, partidos políticos, ONG'S, gobiernos regionales y municipales.

La seguridad jurídica puede asumir una dimensión estrictamente individual, cuando para su utilización busca resguardar intereses particulares del individuo, es decir un sujeto determinado. Por ejemplo, aquellas normas que protegen derechos adquiridos, o aquellas que determinan los efectos de la cosa juzgada (Avila, 2012, pág. 130).

Pero también puede asumir una dimensión colectiva. Es decir, en un solo acto brinda protección a la colectividad. Por ejemplo cuando el Tribunal Constitucional, declara la inconstitucionalidad de una norma.

En conclusión, considero que la seguridad jurídica está dirigida a proteger a toda persona, ya sea natural o jurídica. En el mismo sentido se expresa Humberto Ávila, quien analiza si el Estado también puede ser beneficiario de

la seguridad jurídica, en ese sentido precisa que, el Estado no tiene sustrato personal, salvo cuando actúe como persona jurídica. El Estado es una institución objetiva, no una persona humana; no ejerce libertad, sino competencia y poder; no tiene dignidad; no es destinatario de las normas, sino quien las dicta. Por lo tanto el Estado no puede servirse del principio de protección de la confianza (Avila, 2012, pág. 131).

6. ORGANOS DEL ESTADO ENCARGADOS DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURIDICA

El Estado es quien por excelencia está encargado de brindar y otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, y esta tarea la brinda a través sus órganos:

- El Poder Legislativo, por lo general, se encarga a promulgar leyes. En ese sentido brinda seguridad jurídica al establecer los presupuestos de hecho, las consecuencias que pueden generar diversas actividades. De este modo, la sociedad sabe cómo están protegidos sus derechos y que consecuencias se derivarán a aquellos que pretende afectarlos.

Para brindar una correcta seguridad jurídica debe expedir leyes claras y equitativas.

- El Poder Ejecutivo tiene la posibilidad de expedir normas, como por ejemplo los Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, y otras normas administrativas. Esta facultad especial deberá ejercerla dentro de los límites señalados, como suceden en los casos que el Poder Legislativo le concede la facultada de legislar expidiendo decretos legislativos. Lo mismo sucede con los Decretos de Urgencia, los cuales sólo pueden contener normas en materia económica y financiera.

De este modo, de no respetarse estos límites se generaría inseguridad jurídica.

- El Poder Judicial, destina su actividad a verificar hechos del pasado realizados por las partes, y para su decisión se orienta de las normas vigentes

y de los hechos ocurridos. Por lo tanto, para preservar la seguridad jurídica, tiene el deber de motivar suficiente y racionalmente las decisiones, prohibir cambios jurisprudenciales retroactivos que afecten la confianza legítima o utilizar mecanismos de moderación en la modificación de precedentes (Avila, 2012, pág. 135).

Si los jueces no aplican las reglas contenidas en los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, atentan contra la seguridad jurídica (Ortecho Villena, 2010, pág. 30), pues vulneran derechos fundamentales.

Entre otros órganos que también se encargan de brindar seguridad jurídica tenemos:

- El Tribunal Constitucional, al tener a su cargo el control de constitucionalidad, particularmente al realizar control constitucional de normas mediante la acción de inconstitucionalidad, cumple la gran misión de dar seguridad jurídica, cada vez que actúa como legislador negativo, es decir declara la inconstitucionalidad de las normas legales que contravienen a la Constitución (Ortecho Villena, 2010, pág. 32).

Promoviendo de esta manera una protección a los derechos fundamentales, lo que implica otorgar seguridad jurídica.

- El Ministerio Público, está encargado de vigilar que en los procesos penales y eventualmente civiles, se respete la seguridad jurídica (Ortecho Villena, 2010, pág. 34).

- El Jurado Nacional de Elecciones electoral, brinda seguridad en materia electoral.

- La Defensoría del Pueblo, es defensora de la seguridad jurídica, pues conforme al artículo 162 de la Constitución Política, se encarga de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

7. IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA

La seguridad jurídica es fundamental para la sociedad, pues significa protección de los derechos de la persona. Como se mencionó anteriormente, puede ser entendida como un valor un ideal que toda sociedad desea.

Asimismo, es importante porque sirve de instrumento para realizar otros valores, pues al servir de presupuesto para guiar a las personas, permite respetar el ejercicio de la libertad y la dignidad del ser humano (Avila, 2012, pág. 148), pues el ser humano puede desarrollarse plenamente cuando tiene certeza de la protección de sus derechos, lo que le permite poder planificar su futuro.

En ese sentido se expresa Humberto Avila, al señalar que la seguridad jurídica a su vez permite lograr los derechos fundamentales de libertad y propiedad, puesto que, sin estabilidad ni calculabilidad de la actuación estatal, el individuo no puede ejercer el derecho de libre autodeterminación de su vida digna (Avila, 2012, pág. 580).

Por lo tanto, se podría decir que la importancia de la seguridad jurídica radica en que sirve para organizar no solo la vida individual de la persona sino también la vida en sociedad, sin dejar que la comunidad conviva en un ambiente de arbitrariedad.

8. FUNDAMENTACION DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Se puede decir que la seguridad jurídica deriva del propio sistema constitucional (Avila, 2012, pág. 170), pues la Constitución, como norma suprema, garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales.

La Constitución además de consagrar los derechos fundamentales, establece ciertas reglas como ejemplo respecto del proceso legislativo, se encarga de crear competencias, procedimientos y fija las materias y fuentes específicas para la producción de normas. Del mismo modo, establece las reglas de la actividad del Poder Ejecutivo; y también las reglas sobre la actividad del Poder Judicial, de este modo brinda al ciudadano la información de saber conoce

quien juzgará su caso, las alternativas que pueda usar para defender sus intereses, lo que le brinda la certeza de que no podrá verse sorprendido por la restricción arbitraria de sus derechos.

En el caso peruano, si bien en la Constitución expresamente no se reconoce la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional, como órgano intérprete de la Constitución, en sus pronunciamientos, ha reconocido a la seguridad jurídica como un principio de rango constitucional.

9. FUNDAMENTOS INDIRECTOS

9.1. El Principio del Estado De Derecho

Humberto Avila sostiene también que la seguridad jurídica no solo encuentra su fundamento en la Constitución, sino que señala que el principio de seguridad jurídica se deriva del principio del Estado de Derecho, pues este principio no solo está asociado con la universalidad y la no arbitrariedad del Derecho, sino, también, con la exigencia de que la actuación estatal se rija por reglas generales, claras, conocidas, relativamente constantes en el tiempo, prospectivas y no contradictorias (Avila, 2012, pág. 177).

En ese sentido señala que, el principio del Estado de Derecho se relaciona y favorece al principio de seguridad jurídica por lo siguiente:

- El principio del Estado de Derecho tiene una dimensión formal que se refiere a la separación de poderes, la jerarquización de las normas y la protección jurisdiccional. La separación de poderes favorece el control del ejercicio del poder y su asignación mediante reglas de competencia, elementos que contribuyen al incremento de la cognoscibilidad, la confiabilidad y la calculabilidad del ordenamiento jurídico.
Por otro lado, la jerarquización de las normas favorece una mayor previsibilidad y control de la actuación estatal.
Por su parte la protección jurisdiccional, a su vez, funciona como instrumento garantista de derechos así como de efectividad del ordenamiento jurídico como un todo (Avila, 2012, pág. 178).

- La dimensión material del Estado de Derecho busca proteger un conjunto de derechos, en ese sentido, la seguridad jurídica funciona como un principio destinado a asegurar esos mismos derechos (Avila, 2012, pág. 178).

9.2. El Principio del Estado Social De Derecho

La vinculación de este principio con la seguridad jurídica está en el hecho de que un orden social es aquel que garantiza seguridad social, esto es, un orden que permite no solo la creación, sino también el mantenimiento de instituciones y medidas que garanticen medios de subsistencia digna a los ciudadanos. Ese principio exige, finalmente, que los ciudadanos no se vean sorprendidos, sin una grave justificación racional, por riesgos mayores que los que la propia vida presenta y que la seguridad social debe proteger, para no ponerlos en situaciones incompatible con las condiciones sociales mínimas de supervivencia (Avila, 2012, pág. 181).

TITULO VI

LA SEGURIDAD JURIDICA DEL PROPIETARIO DE BIENES INMUEBLES

1. ASPECTOS GENERALES

Anteriormente hemos precisado que la seguridad jurídica consiste en aquella protección, por parte del ordenamiento jurídico, de los derechos frente a ciertas amenazas o perturbaciones. Esa protección es buscada por cualquier persona que tenga en mente realizar alguna actividad o tomar alguna decisión.

Por su parte, toda decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. En ese sentido, siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de

mercado), el sistema de transferencia debe estar orientado a eliminar o al menos minimizar los efectos del azar (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 166), pues la adquisición de un inmueble muchas veces trae detrás años de trabajo y ahorro, para adquirir lo que sería uno de los bienes más importantes, pues un inmueble no sólo sirve como vivienda, es también una fuente generadora de riqueza, por los beneficios que de él se pueden obtener.

En ese sentido, una persona que toma la decisión de adquirir un inmueble, busca realizar dicha actividad en un marco de certeza, que le permita identificar los riesgos que dicha actividad como cualquier otra pueda generar. Y obviamente, una vez realizada la adquisición, busca como propietario sentirse seguro de la compra realizada y a partir de ello ejercer las facultades que como propietario de un inmueble le corresponden.

2. CONCEPTO

Según el principio de seguridad jurídica, la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de compra de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos) (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 165).

En ese sentido, cuando nos referimos a la seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles, podemos precisar que ésta se traduce en la garantía dada al individuo de que los inmuebles adquiridos, así como los derechos que de dicha adquisición provienen, no serán objeto de perturbaciones. Es decir, a través de la seguridad jurídica se busca una protección eficaz del derecho de propiedad, lo que implica que el propietario tenga la posibilidad de oponer su derecho frente a terceros y ejercer todas sus facultades inherentes.

Por lo tanto, quien se convierta en propietario desea tener seguridad jurídica, es decir, mantener la situación jurídica que ostenta (ser propietario), la cual no debe modificarse mientras no se hayan presentado las condiciones previstas

por ley para que su condición de propietario varíe. Como consecuencia de esa protección, el propietario puede oponer su propiedad frente a terceros, y a partir de ello podrá ejercer las facultades del derecho de propiedad de manera eficiente.

Es por ello que la seguridad jurídica que debe brindar un ordenamiento legal es importante para el desarrollo de la sociedad. Pues, todo propietario, y quien quisiera convertirse en uno, busca esa certidumbre que le incentive dar un uso eficiente a los inmuebles, generando a su vez la circulación de riqueza.

De lo contrario, en un sistema de transferencia que no exista certeza se generarán dos consecuencias (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 165):

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.
- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propiedad, titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta.

3. CLASIFICACION

Respecto a la seguridad en este ámbito, Mario Saborio Valverde señala que existirían dos tipos de seguridad (Saborio Valverde, 1997, pág. 153).

- Una seguridad jurídica plena, que es la que se encarga de la protección de los derechos de los titulares de los inmuebles.
- Y una seguridad económica o subsidiaria, vinculada al concepto de

indemnización. Que si bien, no asegura la titularidad del derecho, si asegura el pago de una indemnización en caso se produzca el despojo de la propiedad. Esta seguridad es la que brinda el sistema norteamericano de “seguro de títulos”, presente en la transferencia de inmuebles en Estados Unidos.

Por otro lado, López Medel citado por (Gonzales Barrón, Derecho Registral y Notarial, 2012, págs. 26-27) distingue entre la seguridad negativa, por la cual el adquirente se ve protegido por el acto de inscripción; y la seguridad positiva, por la cual el titular, ya inscrito, se encuentra en ventaja para vender respecto del que no lo está.

Asimismo, cierto sector de la doctrina considera que existen dos dimensiones de la seguridad jurídica siendo estas, la seguridad estática y la seguridad dinámica.

4. SEGURIDAD JURIDICA ESTATICA Y DINAMICA

Como mencionamos, ciertos doctrinarios sostienen que la seguridad jurídica tiene dos dimensiones o manifestaciones, la estática y la dinámica. Explicaremos estas dimensiones y luego daremos nuestro punto de vista.

a) Seguridad Jurídica Estática

Se encuentra basado en la idea romana de que toda modificación desfavorable del contenido de un derecho subjetivo no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de su titular (Saborio Valverde, 1997, pág. 157). Por lo cual, cualquier modificación a su derecho de propiedad debe ocurrir mediante acto voluntario

Es aquella destinada a proteger al titular del derecho frente a las turbaciones o ataques de terceros, que se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad (Cardenas Alvarado, 2010, pág. 53).

Moisset de Espanés la define como aquella que protege a la relación que existe entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen en esa relación (Cardenas Alvarado, 2010, pág.

50).

En palabras propias, es aquella que protege al titular del derecho de los ataques de terceros que traten de desconocer su titularidad, garantizando la seguridad de la tutela de los derechos.

La seguridad estática juega a favor del propietario o titular del derecho.

b) Seguridad Jurídica Dinámica

También denominada seguridad jurídica del tráfico, esta dimensión implica que el adquirente de un derecho no puede ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o que debió conocer al tiempo de llevada su adquisición. Brinda protección a terceros involucrados en la circulación de la riqueza.

En el mismo sentido se refiere Mario Saborio al señalar que, la seguridad dinámica significa que, toda modificación favorable de las relaciones patrimoniales de un sujeto no puede ser frustrada por hechos que ignore o desconozca (Saborio Valverde, 1997, pág. 157).

Del mismo modo se señala que, es aquella que procura brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de riqueza, aspecto este último que se proyecta en dos vertientes: protección a los acreedores del enajenante, que contaban con el patrimonio de ese sujeto como garantía de sus créditos y no deben verse burlados por enajenaciones fraudulentas; y los adquirentes que no deben estar expuestos a la sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado o embargado (Moisset De Espanes, 2015, pág. 50).

De este modo, la publicidad registral aparece como medio idóneo para contribuir a la seguridad del tráfico, poniendo al alcance de cualquier interesado la posibilidad de tomar conocimiento de la situación jurídica del bien, su libre disponibilidad o los gravámenes y cargas que sobre él pesan (Moisset De Espanes, 2015, pág. 51).

Asimismo, se podría considerar que esta dimensión se relaciona con el principio de fe pública registral. Pues el adquirente que puso su confianza en la información jurídica que contiene los registros públicos, mantendrá la adquisición siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por ley.

Esta dimensión de la seguridad jurídica tiene como base cualquier signo de reconocimiento del derecho. En ese sentido, tanto la posesión como la información contenida en los registros públicos generan apariencia de busca ser legitimada por el Derecho.

Este apoyo en los registros públicos se genera debido a que el Derecho se encuentra en la necesidad de legitimar ciertas situaciones aparentes dotándolas de alguna eficacia. Aunque esa eficacia puede presentarse en favor de quien la crea, como en aquellos casos en que figura una persona con la titular registral pese a que ya ha transferido el inmueble, o aquel dispositivo que presume que el poseedor es propietario; y, otras veces juega a favor de los terceros quienes actúan basados en dicha apariencia.

La seguridad del tráfico exige que la razonable confianza en la apariencia jurídica sea protegida y que quien genera en los demás confianza de que una situación jurídica existe, debe sufrir las consecuencias de la misma (Saborio Valverde, 1997, pág. 161).

5. POSTURA RESPECTO A LAS DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Antes de precisar nuestra opinión respecto de las dimensiones de la seguridad jurídica hay que señalar que, quienes sostienen esta distinción hablan de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho (seguridad estática) y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición (seguridad dinámica), aun en contra de la voluntad del propietario. Siendo en estos casos la posición prevaleciente la del adquirente (Gonzales Barrón, Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad, 2011, pág. 227).

Gunther Gonzales Barrón señala que los defensores de esta postura sostienen que, en dicho conflicto, es correcto preferir al adquirente (seguridad dinámica) debido a que éste es un creador de riqueza, y los bienes deben estar en manos de quien mejor provecho genere; por el contrario, el despojo que se comete contra el propietario actual (seguridad estática), está justificado porque se trata de un sujeto improductivo, que no mueve la economía (Gonzales Barrón, Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad, 2011, pág. 226).

Aquí se presenta un problema, pues quien adquiere de buena fe, pese a que no lo hizo de su verdadero propietario, en mérito a la seguridad dinámica mantendrá su adquisición. Sin embargo, una vez que este tercero haya sido convertido en propietario, puede presentarse la misma situación en su contra, lo que quiere decir que puede aparecer un tercer adquirente de buena fe que lo despoje de su propiedad. Y ello se presenta porque todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios (Gonzales Barrón, Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad, 2011, pág. 228).

Por lo tanto, comparto la posición de González Barrón, al considerar que no se debe preferir la seguridad dinámica frente a la seguridad estática. Pues no basta gozar de seguridad jurídica al momento de ser un tercer adquirente; esta seguridad también se requiere cuando nos encontramos en la posición de propietario.

El sistema jurídico no puede preferir la seguridad dinámica frente a la estática, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario (Gonzales Barrón, Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad, 2011, pág. 228). No sirve de ninguna manera tener seguridad dinámica si no se tiene la otra estática.

Cuando hablamos de otorgar seguridad jurídica nos referimos a que ésta debe ser una garantía para todos, por lo que descartamos que se hable de

seguridad jurídica estática y dinámica por separado.

6. APUNTE FINAL

De todo lo expuesto, podemos precisar que la seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles es la certeza de protección, por parte del ordenamiento jurídico, a favor de su derecho de propiedad, lo que permite a su vez que el titular pueda oponer su derecho frente a terceros y se encuentre legitimado para ejercer plenamente su derecho a través de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad.

TITULO VII

LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU Y LA SEGURIDAD JURIDICA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Recapitulando lo que hemos descrito en apartados anteriores, tenemos que, los tres sistemas clásicos de transferencia inmobiliaria (sistema romano, francés y alemán), actualmente han sido agrupados en dos sistemas mayores: el sistema de unidad del contrato y el sistema de separación del contrato.

El sistema de la unidad del contrato, sostiene que el contrato, sirve como la única base sobre la cual se produce la transferencia de la propiedad. Pudiendo ésta operar inmediatamente (sistema de causa única y dentro de éste incorporamos al sistema consensual); o de forma mediata (sistema de doble causa pudiendo ser a su vez la modalidad de la unión del título y modo o el sistema registral constitutivo no convalidante).

Por su parte, el sistema de la separación del contrato, implica la existencia de dos actos jurídicos para transferir la propiedad; uno con efectos obligacionales y otro con efectos reales, siendo éste último independiente del primero. Dentro de este sistema encontramos al sistema registral constitutivo convalidante.

En ese sentido, en esta parte del trabajo trataremos de ubicar a nuestro sistema de transferencia de inmuebles en alguno de los sistemas expuestos. Ya posteriormente, teniendo en cuenta que ya hemos determinado qué es la seguridad jurídica del propietario, podremos analizar nuestro sistema, y precisar si el sistema que tenemos es adecuado para nuestra realidad económica-social, si cumple con sus objetivos, o si en su defecto, debemos variar de sistema.

2. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU

Nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble gira en torno a lo establecido en el artículo 949 del Código Civil, el cual prescribe lo siguiente: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*.

Conforme a la clasificación de sistemas antes precisados y de la redacción del presente artículo observamos que, el sistema de transferencia que opera en el Perú sería un sistema de unidad del contrato, pues el contrato, entendido como acto jurídico consensual, sirve como la única base sobre la cual se respalda la existencia de una obligación y la adquisición del derecho subjetivo de propiedad.

Ahora bien, dada la clasificación del sistema de unidad del contrato es pertinente precisar si nuestro sistema es uno transmisivo de causa única (sistema consensual) o si es un sistema transmisivo de doble causa (pudiendo ser el sistema de unión del título y modo o el sistema registral constitutivo no convalidante).

Rápidamente debemos descartar al sistema registral constitutivo no convalidante, pues el artículo mencionado no hace referencia a inscripción alguna para que opere la transferencia de propiedad. Por lo tanto debemos definir si nuestro sistema es uno consensual o si es el sistema de la unión del título y el modo.

Para ello hay que tener en cuenta que la doctrina se encuentra dividida,

considerando algunos que nuestro sistema es el de la unión del título y modo, y otros sostienen que nuestro sistema es el consensual.

En ese sentido, entre quienes sostienen que nuestro sistema es el de la unión del título y el modo tenemos a:

- **Jack Bigio Chrem**, señala que los contratos tienen eficacia meramente obligatoria, en consecuencia, son títulos que por sí mismos no producen la transferencia de propiedad o de otro derecho real (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 190). Para que opere la transferencia se necesita de un modo de adquisición.

En ese sentido, para dicho jurista, el contrato de enajenación es título y modo a la vez, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo, por lo menos entre las partes. Pues, cuando existen dos propietarios que han adquirido el mismo bien inmueble, la inscripción es la que atribuye la propiedad.

- **Manuel de la Puente y Lavalle** sostiene que, los contratos crean obligaciones, en ninguna norma se considera que el contrato pueda producir directamente efectos reales (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 193).

Por lo tanto, el contrato es el título, y por su parte, el modo ha sido asignado al mismo art. 949 del Código, de tal suerte que éste le concede un efecto traslativo automático a la obligación de transferir la propiedad (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 193). En ese sentido, el modo sería la ley (el artículo 949), pues ésta es la que produce el efecto real luego de crearse la obligación contractual.

Por otro lado, otro sector de la doctrina señala que nuestro sistema es consensual, exponiendo lo siguiente:

- **Osterling Parodi** señala que en nuestro país el simple acuerdo de voluntades transfiere la propiedad inmueble. Es decir, no es necesario “modo” para que opere la transferencia.

- **Avendaño Valdéz** sostiene que en nuestro sistema no hay distinción entre título y modo. El solo acuerdo de voluntades convierte al acreedor propietario (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 192). Señala además que no existe modo en nuestro sistema de transferencia, y que, el momento de la transferencia en nuestro sistema es solo uno, pues nuestro Código Civil ha recogido el principio consensualístico puro.

- Lo mismo sostiene **Forno Florez** al señalar que la transferencia se realiza por el solo consenso. Precisa además que el contrato es capaz de producir efectos reales y no sólo obligacionales.

- Por su parte **Nerio Gonzalez** considera que hemos adoptado el sistema consensual, por el cual el solo consentimiento de las partes expresado en un acto jurídico traslativo de propiedad, produce, para el adquirente, la incorporación de un bien inmueble a su patrimonio; siendo así, y por la información de este sistema sabemos que la sola voluntad de las partes transfiere el bien inmueble, de lo que resulta que el contrato en sí mismo crea la obligación de transferir el derecho de propiedad. No requiriendo modo alguno como la traditio ni la inscripción. (González Linares, 2012, pág. 397).

- **Gunther Gonzales Barrón** sostiene que, la transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema causalista, en donde no es necesario un “modo” específico de adquisición (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 641). Dentro de ese sistema causalista como lo denomina, se encuentra nuestro sistema consensual.

- Posición particular es la de **Mario Castillo Freyre**, quien recusa el principio consensualístico, en cuanto considera que el contrato no produce efectos reales, sino obligaciones; por lo cual adopta la doctrina referida a la preexistente obligación de transferencia, automáticamente cumplida. Sostiene que, el contrato produce la obligación de transferir un derecho real, y ésta se entiende ejecutada en virtud del artículo 949 del Código Civil. Si bien estos dos momentos (crear la obligación de transferir y ejecutar dicha obligación) no

se distinguen en la práctica, a nivel teórico resultan distinguibles (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 202).

3. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES PERUANO

Habiendo señalado los fundamentos que tiene la doctrina para ubicar nuestro sistema de transferencia dentro del sistema de título y modo o dentro del sistema consensual, emitimos nuestra posición.

En ese sentido, queda claro que la teoría del título y el modo implica que para la transferencia de propiedad concurren dos actos, un acto causal (título) y un acto material (modo) que sirva como publicidad sobre dicha transferencia.

Por lo tanto, nuestro artículo 949 no contiene un título y un modo, mucho menos un mismo hecho jurídico, como el acuerdo de las partes (contrato), puede ser considerado como título y modo a la vez, pues se desnaturaliza la teoría, ya que en ésta, el modo se constituye en una circunstancia pública que hace reconocer a los terceros la existencia de la titularidad; en caso contrario carece de finalidad (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 190).

Si como lo establece el artículo 949, el acuerdo de las partes es suficiente para transferir la propiedad, entonces no es necesario agregar ningún modo.

Asimismo, quienes defienden que nuestro sistema es el título y el modo también sostienen que el modo es la ley, ya que en virtud de ésta (a través del artículo 949) se produce el efecto real.

Sobre ello cabe precisar que el “modo” de adquisición siempre es un hecho jurídico concreto, como puede ser la entrega efectiva del bien o la inscripción registral, vinculados a una voluntad de transmitir y adquirir una cosa. Es decir, el modo es un hecho concreto que las partes contratantes hacen o producen dentro de su propia esfera de actuación (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 195).

Si se siguiera ese criterio, no habría inconveniente en que la ley sea título y

modo a la vez, sin necesidad de otro requisito adicional.

Por lo tanto, creemos conveniente precisar que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es un sistema consensual. Pues en nuestro ordenamiento no existe diferencia entre título y modo. La transferencia se realiza con el acuerdo de voluntades, no exigiéndose ninguna formalidad complementaria.

Ello quiere decir, que hemos adoptado un sistema cuyo objetivo principal es dinamizar el intercambio de bienes y maximizar la circulación de riqueza, por encima de los demás objetivos.

Sin perjuicio de lo señalado, creo conveniente precisar que nuestro sistema es muy particular, pues si bien, el acuerdo de voluntades transfiere la propiedad inmueble, no es el contrato el que produce los efectos reales, pues en nuestra legislación¹ eso no se admite (situación distinta al sistema italiano el cual expresamente le otorga efectos reales al contrato²). En nuestro ordenamiento, el contrato produce la obligación, y ésta inmediatamente se entiende ejecutada en virtud del artículo 949 (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 202).

En el mismo sentido se expresa Ramos Vidal al señalar que, los contratos en virtud de los cuales se enajena un inmueble determinado no producen en forma directa la atribución del derecho de propiedad sobre el mismo, sino solo crean la obligación de enajenarlo, de modo que la transferencia y la adquisición correlativa del derecho se producen como efecto de la obligación y no del contrato (Vidal Ramos, s.f, pág. 30).

De este modo, habiendo identificado nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, podemos continuar analizando el artículo 949 del Código

¹ Artículo 1351.- *Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*

Dicho artículo debe entenderse en relación con el siguiente artículo:

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

² Artículo 1376 del Código Civil Italiano de 1942: *“En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada (...), la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado”*

Civil, que es el que establece el sistema adoptado en nuestro país.

En ese sentido, cabe precisar que según la norma señalada, la transferencia mediante el solo consenso, no se aplica más que a las ventas puras y simples, y no a las ventas condicionales o subordinadas a algún acontecimiento particular (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2000, pág. 17).

Por ejemplo, en los casos de venta de bien ajeno, si bien existe un acuerdo, la obligación generada por ese contrato no transmite la propiedad.

En el mismo sentido se expresa Vásquez Ríos al precisar que 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 (Vásquez Ríos, Derechos Reales - Tomo I, 2013, pág. 107).

Asimismo, respecto a la disposición legal diferente (que impide que se aplique el principio consensualístico en la transferencia), se menciona que éste 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 (Vásquez Ríos, Los Derechos Reales - La Propiedad, 2003, pág. 107).

Solo en dicho caso excepcional, no se tomará como perfeccionada la transferencia con el consentimiento de las partes, sino que se considerará como propietario a aquel que haya logrado inscribir su derecho en el registro de predios.

4. ANALISIS DE NUESTRO SISTEMA CONSENSUAL Y LA SEGURIDAD JURIDICA

Cuando se promulgó nuestro Código Civil vigente, para la transferencia de inmuebles, se adoptó el sistema consensual teniendo en cuenta el contexto socioeconómico y cultural de nuestro país, cuyo territorio en dicha época era extensamente rural y la actividad predominante era la agricultura.

Dicha decisión fue correcta, pues un sistema de transferencia de propiedad debe responder a un criterio de política social. Si el Derecho, para ser efectivo,

debe regular una realidad determinada, la solución legal a adoptarse debe responder a las necesidades de los propios individuos integrantes de la comunidad sobre la cual pretende aplicarse un cuerpo legal.

Es por ello que nuestros legisladores se inclinaron por dicho sistema debido a la imposibilidad de extender un registro inmobiliario por todo el territorio nacional, lo que hubiera incrementado, en ese entonces, enormemente los costos de transacción. Además de otras deficiencias como: i) Carecer de un catastro y la dificultad para implementarlo a lo largo del país; ii) La inexistencia de oficinas registrales, notarios e incluso abogados en algunas localidades de nuestro país; iii) La falta cultura registral.

Ahora bien, hay que tener presente que desde la promulgación del Código Civil ya han pasado más de 30 años, por lo que es conveniente analizar si el sistema adoptado en ese momento actualmente tiene eficacia o si cumple con sus finalidades. Esto es, ver si permite la máxima circulación de riqueza, y por otro lado, analizar si otorga seguridad jurídica.

El análisis del cumplimiento de las finalidades de nuestro sistema se desarrollará al determinar las ventajas y desventajas de este sistema, de la siguiente manera:

4.1. Beneficios

El principal beneficio o ventaja de este sistema es que, al operar la transferencia de propiedad por el simple acuerdo entre las partes, es un sistema menos oneroso. Pues no genera gastos derivados de la realización de trámites e inscripciones registrales para adquirir la propiedad, y, mucho menos gastos previos en notarios y abogados. Es decir, reduce los costos de transacción. Por lo tanto, ello facilita que un inmueble pueda ser transferido rápidamente de un sujeto a otro, generando fácilmente circulación de riqueza.

Esto definitivamente permite que, la transferencia en nuestro país sea más sencilla. Sobre todo, en aquellos pueblos, por lo general zonas rurales, (pero no exclusivamente en estas), donde las transferencias de propiedad, por

costumbre se hace fuera del registro (Mesinas Montero & Muro Rojo, 2010, pág. 299), incluso sin suscribir documento alguno, pues encontrar los servicios de un abogado, un notario e incluso ubicar alguna oficina registral puede resultar difícil.

Además de ello, es preciso señalar que nuestro sistema permite que todos los inmuebles, se encuentren o no incorporados en el registro, puedan ser transferidos por quien se encuentre legitimado para ello, sin necesidad de que cuenten con una partida registral o exigirles la inscripción para su transferencia.

Por otro lado, cabe precisar que este sistema beneficia al comprador quien se convierte en propietario del inmueble sin que se produzca la entrega efectiva o el pago del precio. El comprador pueda carecer de dinero para pagar el precio, pero puede procurárselo con la reventa de la cosa, lo que sería imposible si la traslación de dominio se dilata hasta la entrega (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 149).

De todo lo expuesto, advertimos que nuestro sistema, por lo menos teóricamente, tiene como objetivo principal dinamizar el intercambio de bienes y maximizar la circulación de riqueza.

4.2. Desventajas

a) La ineficiente oponibilidad del derecho de propiedad

Ahora bien, no obstante considerar que nuestro sistema consensual cumple con el objetivo de permitir maximizar la circulación de riqueza, creo que nuestro sistema presenta ciertas deficiencias que implican no brindar una correcta seguridad jurídica.

Para ello, tendremos que recordar que la seguridad jurídica del propietario es la certeza de protección que otorga el ordenamiento jurídico a favor del derecho de propiedad, lo que se traduce en que el propietario tenga la posibilidad de oponer su derecho frente a terceros y ejercer su derecho plenamente.

En ese sentido, recordemos que nuestro sistema al establecer que la propiedad inmueble se transfiere con el acuerdo de las partes, no exige la utilización de medios publicitarios para dar a conocer las transferencias inmobiliarias, por ello se sostiene que en nuestro sistema muchas transferencias quedan en la clandestinidad, siendo para terceros, indeterminado el momento en el que se producen las transferencias.

El hecho de que la inscripción de las transferencias no sea obligatoria, dificulta que cualquier persona pueda identificar o determinar quién es el propietario de determinado inmueble. Y ello trae como consecuencia que la información que publicite el registro (siempre que se trate de un inmueble registrado) pueda ser inexacta, generando incertidumbre en los terceros interesados.

Pero no solo es un problema el hecho de que los terceros tengan dificultades para tomar conocimiento de las transferencias y poder identificar fácilmente a los propietarios, sino el principal inconveniente es que los propietarios no puedan hacer eficientemente oponible su derecho de propiedad mientras no realicen la inscripción, y teniendo en cuenta que dicha inscripción no es obligatoria, muchos propietarios no llegan a gozar de esa eficiente oponibilidad.

Es cierto que todo propietario, cuente o no con derecho inscrito, puede demostrar su derecho de propiedad y oponer el mismo frente a terceros en general, puede por ejemplo desalojar al inquilino o al poseedor precario, puede hacer valer su titularidad frente al colindante, ante la Administración Pública, entre otros (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 208). Y ello, debería apoyarse en que a los terceros les debería bastar con saber que algo no es de su propiedad para no interferir en ello.

En el mismo sentido, se señala que la oponibilidad frente a todos es la que goza el titular de cada derecho real frente a los terceros en general a los que simplemente les corresponde respetar lo ajeno, bastando al titular -para reclamar la efectiva exclusión de los terceros en general- demostrar la

existencia de su derecho (Arata Solis, 2010, pág. 460). No siendo necesaria la inscripción para poder oponer el derecho de propiedad.

No obstante lo anteriormente señalado, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la oponibilidad es más eficiente cuando el derecho se encuentra inscrito. Y ello se advierte de lo establecido en el artículo 2022 del Código Civil, el cual señala que “para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tiene derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”. Esto quiere decir que, pese a que la transferencia se realiza únicamente con el consenso de las partes, nuestro propio ordenamiento reconoce que con la inscripción se logra una mejor oponibilidad.

El fundamento de que la inscripción en el registro genere una eficiente oponibilidad es que a través del registro se publicitan los derechos, y esa publicidad que otorga el registro se encuentra revestida con el principio de legitimación, el cual determina que el titular registral se encuentra legitimado para actuar conforme a ellos, y amparándose en ello, se sirve para poder excluir plenamente a los demás.

Además el registro permite que los terceros conozcan el derecho e identifiquen al titular del inmueble, quien precisamente tiene la potestad de excluir a los demás de todas las facultades que la ley confiere. Si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta, y por lo tanto se torna en menos eficiente (Avendaño Arana, Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de propiedad, 2008, pág. 1126).

Recordemos que un aspecto importante de la seguridad jurídica es la posibilidad de que el propietario pueda oponer su derecho frente a terceros, y nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la eficiente oponibilidad se logra a través de la inscripción, por lo que un sistema basado en el mero consenso para excluir a todos los demás es absurdo, sumamente costoso en términos de incertidumbre y por tanto indeseable (Bullard Gonzalez, Derecho y

Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 166).

Por ello se sostiene que, nuestro sistema de transferencia de bienes inmuebles no publicístico tiene la consecuencia de no permitir excluir al tercero, dejando así de lado uno de las funciones modernas del Derecho, que es la de brindar seguridad jurídica a los propietarios de un inmueble (Huanca Quispe, 2013, pág. 15).

Por lo tanto, nuestro sistema consensual no brinda una correcta seguridad jurídica en el sentido de que no genera una eficiente oponibilidad para los propietarios. Por lo tanto, este es un fundamento para considerar la implementación de un sistema que establezca como requisito obligatorio la inscripción de las transferencias para lograr esa eficiente oponibilidad, lo que será explicado más adelante.

b) La verdad sobre los costos de transacción y la circulación de riqueza

Se ha mencionado anteriormente que un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no exige notario, no exige de inscripciones, no exige registros, lo que hace más “barato” contratar (Vidal Ramos, s.f, pág. 33).

Sin embargo, genera otros costos, como el “costo de la incertidumbre”. Como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato (Vidal Ramos, s.f, pág. 21).

Ello se presenta porque uno de los problemas más frecuentes que presenta el sistema consensual es determinar quién es el titular de los bienes, es decir, quién es la persona que pueda eficazmente transferir el inmueble.

Siempre las adquisiciones que se realicen implican una tarea previa de investigación respecto de las facultades del enajenante, quien debe ser propietario o titular del derecho. Basándose en el principio de que nadie puede transferir a otro más derecho del que uno tiene, para transferir algo necesariamente hay que ser propietario y eso es algo que debe ser probado.

Para averiguar todo ello y tener certeza de la operación, los adquirentes tienen dos alternativas: emprender averiguaciones largas y costosas, o el Estado puede satisfacer esa necesidad a través de la organización de un sistema de publicidad (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 24), esto quiere decir, que se proporcione un medio (como por ejemplo el Registro) donde exista constancia respecto a los derechos que tienen las personas sobre determinados bienes.

En nuestro sistema, no obstante existir muchos derechos de propiedad debidamente inscritos, hay una gran mayoría de transferencias que se mantienen al margen del registro, pues así lo permite el sistema de transferencia consensual.

De este modo, si el derecho de propiedad no está registrado el costo de acceder a su información será elevado. Ello genera que sea más difícil identificar al propietario, generando un marco de incertidumbre. Alfredo Bullard sostiene, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, esa incertidumbre de saber si compro o no compro un inmueble, en realidad hace que se celebren menos contratos, desincentivando las operaciones de transferencia, es más difícil la venta o, en todo caso, ésta se produce a un precio menor (Vidal Ramos, s.f, pág. 21).

En el mismo sentido, se expresa Gunther Gonzales Barrón al señalar que el costo de transacción más alto para el mercado (transferencia inmobiliaria) sería el del principio de la desconfianza: “una persona que tuvo la nefasta experiencia de comprar un inmueble por el solo contrato, que después se enteró de que el mismo bien comprado por él fue vendido a una segunda persona quien si cumplió con inscribir el título al registro, no volverá a confiar o en el peor de los casos por un buen tiempo no intentara comprar algún bien raíz” (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 34).

Por lo tanto, el sistema consensual, en la práctica, no maximiza la circulación de la riqueza (por resultar efímera en cuanto no es totalmente seguro que lo

adquirido es definitivo) ni le otorga seguridad jurídica (Durand Vásquez, 2012, pág. 14).

5. LA INSCRIPCION EN NUESTRO SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES

Queda claro que en el Perú la transferencia opera con el consentimiento de las partes, siendo en ese caso, la inscripción en el registro de carácter facultativo para el propietario. No obstante, ello no quiere decir que la inscripción en nuestro sistema no suma nada a la propiedad adquirida. Si bien no consuma la transferencia, sí cumple con otorgar publicidad a la transferencia, de tal manera que el propietario puede oponer su derecho frente a terceros, como se ha mencionado anteriormente.

Cuando alguien inscribe su derecho en el Registro, no solo adquiere la inscripción propiamente dicha, sino que adicionalmente se adquiere un status de protección jurídica especial, de manera similar al servicio de custodia de valores que brindan las entidades bancarias (Garazatua Nuñovero, 2011, pág. 184).

Es la necesidad de seguridad, a través de una eficiente oponibilidad frente a terceros la que mueve al propietario, en el tráfico inmobiliario, a acogerse a la inscripción registral del título, dotándole de publicidad registral, y de esta manera pasar a ostentar la calidad de propietario no solo frente a su transferente, sino, frente a terceros o a la sociedad misma; además, las exigencias del mundo económico actual, también propugna dotar al patrimonio inmobiliario de la capacidad económico-financiera o crediticia, y es aquí donde la publicidad registral juega un papel muy importante. Todo esto hace necesaria la inscripción del título, pero sin que esto quiera decir, que con ella recién quedará perfeccionada la transferencia, porque este perfeccionamiento se produjo con la sola adquisición consensus (González Linares, 2012, pág. 398).

Además de estas ventajas existen otras que se manifiestan a todas luces en aquellos sistemas constitutivos, las cuales serán mencionadas más adelante.

TITULO VIII

EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Anteriormente se ha mencionado que al momento de promulgarse nuestro Código Civil vigente, y establecerse el sistema de transferencia de inmuebles, se determinó que el más adecuado era el sistema consensual o declarativo.

En aquella época las condiciones de nuestra sociedad, respecto a la economía, educación, el acceso a la información, y el precario avance tecnológico fueron determinantes en la decisión del legislador para mantener el sistema consensual. En ese sentido, dicho sistema fue escogido más por razones contextuales que por presentar más ventajas que otros sistemas de transferencias.

Sin embargo, han pasado muchos años desde esa decisión, y como hemos señalado, el sistema adoptado muestra ciertas deficiencias respecto a la seguridad jurídica que brinda. Por lo tanto, es conveniente analizar qué soluciones podríamos adoptar para mejorar nuestro sistema, teniendo en cuenta que, las instituciones como el sistema de transferencias, están expuestas al cambio conjuntamente con el desarrollo de la sociedad.

Respecto a estos cambios, es necesario señalar que nuestra sociedad, desde hace muchos años, dejó de depender principalmente de una economía rural y agraria, ese desarrollo ha permitido que más ciudades pasen de ser sectores rurales a urbanos.

Ello ha generado que los terrenos sean saneados con la finalidad de poder otorgarles un título a sus propietarios, el mismo que les permitirá acceder al registro y gozar de los beneficios que concede la propiedad inscrita.

Del mismo modo, año tras año se van incorporando nuevos inmuebles al registro, lo que quiere decir que, actualmente nuestro registro es más activo de lo que lo fue en la década de los ochenta cuando se decidió continuar con

el sistema consensual.

Sin embargo, ello no quiere decir que la totalidad de los inmuebles se encuentren en el Registro, incluso muchos inmuebles que ya se encuentran registrados, siguen transfiriéndose fuera del ámbito registral, pues nuestro sistema así lo permite.

Las causas de que existan muchos derechos de propiedad fuera del registro son diversas, entre ellas tenemos la falta de cultura registral de cierto sector de la población, la falta de títulos que permita la inscripción o en su defecto la existencia de títulos defectuosos. Incluso podría considerarse que los derechos de propiedad no integran los registros simplemente porque nuestro sistema no lo exige.

Del mismo modo, otra de las causas es la dificultad que tienen ciertos sectores de nuestra población para acceder a notarios y abogados, a los costos que representan, o a las oficinas registrales pues se encuentran muy distantes de las localidades.

Por lo que, fomentar la promulgación de una norma que plantee el cambio radical de nuestro sistema de transferencia, para basarnos en un único sistema que considere a la inscripción como determinante para que opere la transferencia, ocasionaría muchos problemas, siendo el principal el sacar del mercado a muchos propietarios – que no cuentan con derecho inscrito o el inmueble no está inscrito- que desean transferir sus inmuebles, limitando el ejercicio de su derecho de propiedad y además se reduciría la circulación de riqueza.

En ese sentido, considero que el cambio para mejorar nuestro sistema debería darse gradualmente. Ello implica no eliminar el sistema consensual del todo, sino permitir que funcione simultáneamente con un sistema que determine que la inscripción es el acto que hace propietario a una persona.

2. ANTECEDENTES

- Cuando se elaboró el Código Civil de 1936, el doctor *Solf y Muro* propuso

una dualidad de sistemas, señalando lo siguiente: “Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros. Por otro lado, para los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil” (Vidal Ramos, s.f, pág. 16).

Solf y Muro reconoció la superioridad del sistema registral frente a la transmisión consensual (Maisch Von Humboldt, 1988, pág. 186), sin embargo, por la ausencia de registros en muchas provincias, consideró que en ese momento dicho sistema no sería eficaz, pero sin duda visualizaba que en un corto plazo se podría instaurar el sistema constitutivo en todo el país, situación que finalmente no sucedió.

- Posteriormente, la implementación de un sistema dual fue materia de debate cuando se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Dicha comisión, tuvo entre sus miembros al profesor Jorge Avendaño Valdez para revisar el libro de derechos reales, quien propuso una nueva clasificación de bienes, la de bienes registrados y no registrados. Los primeros son todos aquellos que se encuentran inscritos en algún registro jurídico. Los segundos son los que no integran ningún registro; sin embargo, estos a su vez pueden dividirse en registrables y no registrables, dependiendo de la posibilidad que tengan de acceder a algún registro jurídico.

En ese sentido, esta nueva clasificación traía como consecuencia una reforma en el sistema de transferencia. Aquellos bienes que estuvieran registrados serían transferidos con la inscripción en el registro correspondiente (otorgándole efectos constitutivos a la inscripción); y, la transferencia de los bienes que no se encuentren registrados operará con la entrega del bien o mediante el consenso.

Esta reforma, como es obvio, fue dejada de lado (pues se mantuvo la clasificación en muebles e inmuebles) por la Comisión Revisora del proyecto, quienes sostuvieron que un sistema constitutivo atentaría contra la celeridad contractual y el tráfico inmobiliario. No obstante, hasta el día de hoy, se han presentado otros proyectos de leyes que intentan reformar la clasificación de bienes y, como consecuencia de ello, el modo de transferir los bienes.

Este antecedente tiene como punto central la modificación de la clasificación de bienes. Sin embargo, en este trabajo, dicho aspecto no será el relevante, pues de ser así se tendría que analizar además lo referido a la transferencia de los bienes muebles y al régimen de las garantías que pueden afectar los bienes.

Por otro lado, como otras intenciones de reformas más recientes y relacionadas a nuestro tema son las siguientes:

- PROYECTO DE LEY 14566-2005-CR

Este proyecto de ley fue presentado por el congresista Alcides Chamorro Balvín quien sostuvo que era necesaria una reforma del artículo 949 del Código Civil.

En el proyecto se señala que el sistema de transferencia de propiedad que tenemos en el Perú, es el sistema de separación del contrato, en el cual la transferencia se produce a través de dos actos: uno que determina el efecto obligatorio y otro que determina el efecto real; siendo necesario en ese sentido, una modificación del artículo 949 cuyo texto vigente es uno que regula un sistema de unidad del contrato (Chamorro Balvín, 2006, pág. 4).

En ese sentido, la modificación que propuso deja al artículo 949 con la siguiente redacción: *“La transferencia de propiedad de un bien inmueble no registrado opera con la sola obligación de enajenar, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Si se trata de un inmueble registrado, la transferencia de propiedad opera mediante la inscripción del título”*.

Definitivamente, la motivación del mencionado proyecto es deficiente y

contradictoria. Es totalmente erróneo que haya determinado que en nuestro país el sistema de transferencia de propiedad es el sistema de separación del contrato. Ello porque de la sola lectura del artículo 949 se verifica que la transferencia tiene como base el acuerdo de las partes, no existiendo requisito adicional para que se produzca la mutación jurídico real, lo que definitivamente ubica a nuestro sistema en el de unidad del contrato en la modalidad de sistema consensual.

Por otro lado, de la propuesta de modificación del artículo 949, se verifica que lo que está planteando es la aplicación de dos sistemas para la transferencia de inmuebles; el constitutivo para los inmuebles registrados, y el consensual para los no registrados. Por lo tanto, si bien no lo hace expresamente, en el fondo está proponiendo la aplicación de un sistema dual en la transferencia de inmuebles.

Respecto a esto último, mostramos nuestra conformidad, pues coincide con la idea central de nuestra tesis. No obstante, cabe precisar que, en la fundamentación del proyecto no menciona que beneficios traería consigo modificar el sistema actual de transferencia, siendo quizás ese, el principal motivo por el cual dicho proyecto haya sido rechazado.

- PROYECTO DE LEY DEL 4556-2014-CR

Este proyecto fue presentado por el congresista Fernando Andrade Carmona y tuvo como finalidad modificar el sistema de transferencia de la propiedad inmueble, hoy consensual, a un sistema constitutivo, para proporcionar mayor seguridad en el tráfico inmobiliario y conseguir la maximización de la riqueza de las propiedades (Andrade Carmona, 2015, pág. 5).

La exposición de motivos de este proyecto señala que la inseguridad jurídica en las transferencias inmobiliarias es un tema que trasciende el mero interés privado, pues es obligación del Estado el garantizar la transferencia y confiabilidad en el tráfico inmobiliario (Andrade Carmona, 2015, pág. 5).

En ese sentido, señala que adoptar un sistema constitutivo es beneficioso

porque aumenta el valor del inmueble, permite fácil acceso a la titularidad de servicios, acceso a créditos hipotecarios utilizando el bien como garantía, incluso la masificación de estas inscripciones podría generar una reducción de las tarifas tanto notariales como registrales para la inscripción de las compra-ventas de inmuebles. Asimismo, genera que el Estado otorgue mayor seguridad jurídica a los ciudadanos en sus transacciones de bienes inmuebles.

Además de ello señala que, actualmente los registros públicos están modernizados, la SUNARP ofrece servicios cada vez más eficientes, lo que conlleva al abaratamiento de los costos de transacción y sobre todo información fidedigna que permite que éstas se desarrollen en un marco de mayor seguridad (Andrade Carmona, 2015, pág. 14).

Por lo tanto, propone que el nuevo artículo 949 quede redactado de la siguiente manera: *“La transferencia de la propiedad de un bien inmueble opera mediante la inscripción del título de propiedad en los Registros Públicos”*.

Respecto a este proyecto, considero que es buena la idea de adoptar un sistema constitutivo. Además es acertado lo que proponen en las disposiciones complementarias finales, esto es, adoptar mecanismos para simplificar el saneamiento de la titularidad de los bienes inmuebles.

Sin embargo, como su aplicación inmediata es complicada, considero que actualmente el cambio de sistema debería realizarse de manera parcial, como lo que se sostiene en la presente tesis al plantear la implementación de un sistema dual. Ello con la finalidad de que mayores inmuebles se integren al registro y posteriormente exista la posibilidad latente de adoptar únicamente un sistema constitutivo, logrando una mejora en la seguridad jurídica.

3. EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES

El sistema dual de transferencias que mencionamos consiste en la aplicación simultánea de dos sistemas de transferencias para la misma clase de bien, en

el caso de este trabajo, para la transferencia de los bienes inmuebles.

Para que opere la aplicación de dos sistemas de transferencias para los inmuebles, habrá que establecer cuáles serían las características determinantes para optar por la aplicación de un sistema específico. Esta característica determinante sería diferenciar los inmuebles inscritos de los que no lo están.

Ahora bien, en este trabajo debemos definir qué sistema sería el adecuado para cada tipo de inmueble. En ese sentido, para los inmuebles no registrados, consideramos que debería aplicarse el sistema consensual, es decir, en este aspecto mantendríamos nuestro sistema actual.

Este sistema es el más adecuado para los inmuebles que no se encuentran registrados, pues exigir que inmediatamente se incorporen al registro – para ser transferidos - sería muy difícil por los costos y trámites que ello implica. Por lo tanto, al mantener el sistema consensual para la transferencia de inmuebles no registrados, no perjudicará el derecho de propiedad de aquellos titulares que quieran enajenar su bien, permitiéndoles seguir en el mercado inmobiliario sin necesidad de realizar inscripción alguna.

Por su parte, respecto de los inmuebles que ya se encuentran registrados, lo mejor sería establecer que la transferencia se realiza con la inscripción registral.

Sobre esto último hay que recordar que hay dos sistemas que plantean que la transferencia opera con la inscripción. Por un lado, dentro del sistema de la unidad del contrato, ubicamos al sistema de doble causa en la modalidad de sistema registral constitutivo no convalidante. Y por otro lado, tenemos al sistema de separación del contrato, en su modalidad de sistema registral constitutivo convalidante.

Estos dos sistemas coinciden en considerar que, el acuerdo de las partes no es suficiente para que se produzca la mutación jurídica real, ambos optan por la inscripción registral como fundamental para que opere la transferencia de

los inmuebles.

Asimismo, la diferencia sustancial de ambos se advierte en su propia denominación. En el sistema registral constitutivo no convalidante, el registro cumple una función de modo, que necesariamente debe estar precedida de un título (causa remota como por ejemplo el contrato de compraventa). Esa inscripción no puede convalidar situaciones que resultan inválidas. Esto quiere decir que, si la causa remota, título o contrato, llega a ser nulo, también lo será la inscripción realizada en el registro que permitió perfeccionar la transferencia, pues ambos actos se encuentran ontológica y jurídicamente vinculados el uno al otro.

Por su parte, el sistema registral convalidante, al ser un sistema de separación del contrato distingue la realización de dos actos totalmente independientes, el acto obligacional y el acto de disposición, siendo este último el acto relevante porque produce la transferencia de la propiedad al momento de la inscripción registral. Por ello incluso, se considera que no es necesario la existencia del acto obligacional, lo que conlleva a que si este contrato llega a ser nulo, la transferencia de propiedad igual se consuma en virtud del acuerdo abstracto de disposición.

En ese sentido, una vez producida la inscripción que produce la transferencia de propiedad, se genera la convalidación de los vicios que pueda tener el acto causal, continuando el adquirente del bien con el derecho de propiedad.

De lo expuesto, considero que un sistema convalidante en nuestro país sería un fracaso total, pues aquellas transferencias que hayan sido celebradas pese a que adolecían de algún defecto estructural, se encontrarían legitimadas con la inscripción en el registro, no pudiendo hacer nada para recuperar su bien el propietario anterior perjudicado.

Por lo tanto, opto por el sistema registral no constitutivo para que acompañe al sistema consensual en este sistema dual, pues el registro no puede ser un mecanismo que permita sanear todo vicio, por ello nuestro ordenamiento debe mantener la posibilidad de que mediante alguna sentencia, laudo arbitral o

resolución administrativa se pueda anular una inscripción nula o errónea.

De todo lo expuesto, concluimos en que el sistema dual planteado consiste en que, los inmuebles registrados serán transferidos mediante el sistema constitutivo no convalidante; y, los inmuebles no registrados seguirán transfiriéndose con el sistema consensual como actualmente lo señala nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, estos inmuebles no registrados pueden ser incorporados al registro correspondiente y a partir de ello ser transferidos mediante la inscripción.

4. FUNDAMENTOS PARA MANTENER NUESTRO SISTEMA CONSENSUAL

- Definitivamente la razón principal para mantener nuestro sistema consensual es la existencia de inmuebles que no se encuentran registrados.

Según información del Banco Mundial el 75% de los predios en zonas que no han sido intervenidas por el Estado a través de sus programas de formalización, cuentan con titulares que amparan su derecho con algún documento probatorio de propiedad, y únicamente el 34% del total de ellos ha sido registrado (Banco Mundial, 2006, pág. 582). Es decir, existen muchos propietarios de inmuebles que aún no se han incorporado al registro, pero cuentan con documentación que acredita su propiedad.

Además de ello, si bien es cierto no se ha podido determinar una cantidad aproximada del número de inmuebles que no se encuentran registrados, información obtenida de la página web Registros Públicos, nos brinda la cantidad de inmatriculaciones que se han realizado desde el año 2005 hasta el mes de Julio del 2016 (VER GRAFICO N° 01 EN LA PAG. 130 Y ANEXO N° 02). Esta información nos revela que anualmente ingresan, por primera vez al registro, un promedio de 110,000 predios.

Estos datos nos permite determinar que, si la cantidad de inmuebles que por primera vez acceden al registro se mantiene constante año tras año, existen precisamente inmuebles que hoy no se encuentran registrados, que se

mantienen al margen del registro, y que poco a poco, sea por iniciativa propia del propietario o través de programas desarrollados por el Estado, para la formalización de propiedades (como por ejemplo la tarea que realiza COFOPRI) se van incorporando al registro.

Mientras tanto, aquellos propietarios de inmuebles no registrados tienen el derecho de ejercer plenamente su derecho de propiedad, esto es, están legitimados para ejercer todas las facultades que como titulares de un inmueble le corresponde.

Por lo que plantear un sistema totalmente constitutivo, sacaría a muchos inmuebles del mercado, pero sobre todo afectaría la seguridad jurídica del propietario en el sentido que dichos titulares no podrían ejercer plenamente su derecho de propiedad, al no poder disponer libremente de su inmueble, pues para la transferencia se les exigiría la inscripción.

La clave y el fundamento principal por el cual optamos por mantener este sistema para la transferencia de inmuebles no registrados es que, no se limite directamente la facultad de disposición, permitiendo que aquellos propietarios de inmuebles que no estén inscritos mantengan la posibilidad de transferir sus inmuebles sin exigirles la inscripción. Con ello también no generaríamos una paralización de transferencias de inmuebles no registrados.

- Otro fundamento para aplicar el sistema consensual para la transferencia de inmuebles no registrados es que, desde el punto de vista económico, es más sencillo y menos oneroso. Este sistema tiene mayor relevancia, en algunos pueblos (pero no exclusivamente en ellos), donde la transferencia consensual no importa ningún riesgo debido a la pequeña extensión que pueda tener la localidad, donde la mayoría de personas se conoce y donde encontrar los servicios de un abogado, un notario e incluso ubicar alguna oficina registral es muy difícil. Siendo suficiente, en ciertas localidades, publicitar un derecho de propiedad sobre un bien con la posesión, sin necesidad de acudir al registro.

Alfredo Bullard señala que ello sucede por ejemplo, en localidades que se encuentren a días de la oficina registral más cercana, donde el propietario

analiza los costos que se presentarán si inscribe su inmueble. Para ello deberá encontrar un abogado y luego un notario. Teniendo en cuenta que es una localidad lejana, el trámite para inscribir su propiedad será muy tedioso. Tendrá que encontrar un abogado para que redacte el contrato, luego tendrá que dirigirse a una notaría para que le confiera la calidad de escritura pública al contrato, luego deberá esperar que se presente su título a la oficina registral, y ni mencionar lo complicado que sería si se formularan observaciones en el registro (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 191).

En estos casos, quizás sea económicamente más lógico confiar en un sistema menos eficaz de oponibilidad pero más accesible, que se encuentra entre sus posibilidades económicas y que es razonable en función al valor de su predio (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009, pág. 192). Por lo que, mantener el sistema consensual para la transferencia de inmuebles no registrados, sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

En el mismo sentido se expresa Gastón Fernández Cruz quien, señala que, el sistema consensual permite que en los lugares donde no exista un registro público o este sea de difícil acceso, los enajenantes y adquirentes tengan plena libertad contractual de pactar el medio de publicidad que consideren el más conveniente a sus intereses, tales como el de testigos, con vecinos y notables de la localidad, o autoridades (Fernández Cruz, 1994, pág. 153).

- La existencia de inmuebles no registrados y su transferencia fuera del registro ha generado por años en nuestra sociedad, la falta de cultura registral, por lo que hay cierto sector de la población que aún no tiene muchos conocimientos que le permitan identificar los beneficios de tener su inmueble inscrito.

Encuestas realizadas en un trabajo del Banco Mundial desarrollado en áreas no intervenidas por COFOPRI señala que la mayoría de los encuestados no conoce los beneficios del registro (Banco Mundial, 2006, pág. 589),

desconocimiento que genera que varios propietarios mantengan sus inmuebles fuera del registro. Los resultados del estudio mencionado se presentan a continuación:

CUADRO N° 2: RAZONES PARA NO REGISTRAR UN INMUEBLE

Razones para no registrar	Porcentaje (%)
No sabe	47.1%
No tiene dinero	22.6%
Por descuido / desinterés	8.2%
Falta de documentos	5.5%
Por no tener título	4.4%
Falta de tiempo	3.6%
Cree que no es necesario	2.5%
Dificultad por los trámites administrativos	2.2%
Problemas del terreno	2.1%
No existe Registro de Predios en el lugar donde vive	1.1%
Cree que le van a cobrar más autoavalúo	0.4%
Problemas de salud	0.2%
Por ser propiedad nueva	0.2%
TOTAL	100%

FUENTE: COFOPRI

ELABORACION: BANCO MUNDIAL

Vemos de los resultados del estudio mencionado que la razón principal para no inscribir la propiedad es el desconocimiento, lo que demuestra la falta de cultura registral existente en cierto sector de la población (téngase en cuenta que el estudio mencionado se realizó solo en zonas donde COFOPRI no ha ingresado a realizar el empadronamiento). Por lo tanto, mientras se realicen

continuamente políticas de información y capacitación a los pobladores de los beneficios del registro o el Estado intervenga con sus programas de formalización de la propiedad, resulta necesario mantener el sistema consensual para permitir la transferencia de aquellos inmuebles no registrados.

De los fundamentos expuestos, todos están orientados a precisar la existencia de propietarios de inmuebles que no se encuentran incorporados al registro y las razones de porque se mantienen estos inmuebles fuera del registro. Fundamentos que nos sirven para precisar que la idea principal de mantener el sistema consensual (para los inmuebles no registrados) es permitir que aquellos titulares puedan ejercer su derecho de propiedad gozando de todas las facultades inherentes a ella, siendo para estos inmuebles no registrados, la transferencia mediante el consenso, un sistema eficaz.

5. FUNDAMENTOS PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA CONSTITUTIVO NO CONVALIDANTE PARA LOS INMUEBLES REGISTRADOS

El principal fundamento para implementar un sistema constitutivo es lograr que los propietarios gocen de una eficiente oponibilidad frente a terceros.

Cuando hablamos de la oponibilidad del derecho de propiedad nos referimos al hecho de que personas distintas al titular, tengan conocimiento de la existencia de dicha situación y se abstengan a interferir en ello, respetando el derecho de propiedad que un sujeto tiene sobre un inmueble, quien como titular está facultado para imponerse y excluir a los demás en el ejercicio de su derecho.

Por lo tanto, una eficiente oponibilidad se sustenta en la posibilidad de que el tercero conozca el derecho ajeno para que pueda verse precisado a respetarlo (Arata Solis, 2010, pág. 457).

Los medios establecidos para lograr dicha oponibilidad son diversos, por un lado puede lograrse a través de la publicidad de determinada situación y por otro mediante la presentación de una buena prueba de la existencia de la

situación (Arata Solis, 2010, pág. 451).

En ese sentido, la publicidad del registro aparece como el mejor medio para hacer cognoscibles los derechos de propiedad, pues es un signo de cognoscibilidad público y no clandestino de fácil identificación y de un relativo bajo costo, no necesariamente en cuanto a su implementación, pero sí respecto de los costos de identificación de un derecho de propiedad (Mesinas Montero & Muro Rojo, 2010, pág. 294).

Por lo tanto, el sistema constitutivo es el que cumple con otorgar una eficiente oponibilidad, pues al publicitar de manera indubitable quien es el titular de cada uno de los inmuebles inscritos, dota a dichos propietarios de la posibilidad de excluir plenamente a los extraños.

Lograr una eficiente oponibilidad es fundamental, pues lo que a todo titular le interesa, es finalmente, poder excluir a los demás y consecuentemente gozar de una titularidad exclusiva. Y ello se presenta de la mejor manera, en los sistemas que determinan que la transferencia de los inmuebles se realiza al momento en que se publicita el derecho adquirido, siendo uno de ellos el sistema constitutivo no convalidante.

En ese sentido, en un sistema constitutivo, el Registro es el único medio para hacer cognoscibles las transferencias de propiedad, lo que da mayor certeza no solo a las partes de una relación, sino también a los terceros que pueden verse afectados por las transferencias.

Gonzales Barrón menciona que el registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en la titularidad de los derechos y de estabilidad en la circulación de la riqueza (Gonzales Barrón, Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad, 2011, pág. 222).

Asimismo, considera que el registro como instrumento de publicidad revela su importancia en dos momentos (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 66):

- Antes de la adquisición: anunciando a todos quién es el titular, por lo menos formal, del inmueble que se desea adquirir, así como de las cargas y gravámenes que les afectarán en caso que se concrete el negocio adquisitivo.
- Después de la adquisición, si el adquirente inscribe su título de adquisición, lo hará invulnerable a las reclamaciones que resulten de causas ajenas al contenido del Registros.

Por otro lado, como otros beneficios, para implementar un sistema constitutivo no convalidante, podemos mencionar los siguientes:

- Hace mucho más fácil identificar al propietario de un inmueble, obteniendo esa predictibilidad que nos ayudara a tomar la decisión de contratar o no, lo que incentiva las transacciones inmobiliarias. Sin la publicidad del Registro, el hipotético comprador de un inmueble tendría muchas dificultades para conocer si el vendedor es realmente el propietario; correría el riesgo de que en cualquier momento apareciesen otras personas con posibilidad de reivindicar el bien (Gonzales Barrón, Tratado de Derecho Registral Inmobiliario, 2004, pág. 906).
- La propiedad inscrita fomenta la inversión y eleva el valor de los inmuebles, cuando una persona siente que su derecho de propiedad es seguro invertirá más en su inmueble. Por el contrario cabe mencionar que cuando un inmueble no está inscrito, su precio es menor. Ello evidencia el valor adicional que genera la seguridad brindada por la protección registral (Bullard Gonzalez, Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, 2009).
- Este sistema incentiva a que se inscriban los inmuebles, y esa inscripción convierte al bien en un activo inmobiliario, permitiendo incorporar tales bienes a un tráfico comercial mayor, a través del acceso al crédito mediante sistema financiero formal. Desde el aspecto económico, esto permite que se realice un uso más eficiente del derecho de propiedad.

Un ejemplo claro, del acceso al crédito es la posibilidad de constituir hipotecas, las cuales necesariamente están condicionadas a la inscripción del derecho.

- Evita la clandestinidad del tráfico inmobiliario de inmuebles inscritos, fomentando una efectiva recaudación de impuestos, pues al estar las transferencias necesariamente inscritas, se podrá realizar una correcta identificación de las actividades gravadas y realizar las fiscalizaciones a los sujetos correspondientes.
- Con el registro se protege al comprador y al acreedor, se facilita la prueba de su adquisición y la acreditación del rango de su derecho (Alvarez Caperochipi, 2010, pág. 171).
- Del mismo modo, como se trata de un sistema no convalidante, permite que se anulen los efectos de aquellas transferencias que han sido inscritas, siempre que el acto causal adolezca de nulidad. De lo contrario se brindaría protección a quienes transgrediendo la ley al logrado acceder al registro.

Cabe resaltar que incluso en otros países como Francia o Suecia donde aún existe el sistema consensual como forma de transferencia de la propiedad, la inscripción es obligatoria, otorgándose un plazo para ello, no presentándose los problemas que existen un sistema puramente consensual, pues todas las transferencias llegan a inscribirse, facilitando la oponibilidad de los derechos y generando los efectos o los beneficios de un sistema de constitutivo.

En definitiva, con la inscripción se reconoce la posibilidad de brindar certidumbre respecto de la titularidad de diferentes derechos. Los registros, en tal sentido, son una garantía de seguridad jurídica. La importancia económica de los registros es la que se deriva del hecho de poder conocer con certeza qué agentes económicos tienen qué derechos, sobre qué bienes o actividades y cuál es el estado jurídico de los mismos (Cárdenas Quirós, 2000, pág. 14); y además de ello, a través del registro, se brinda la posibilidad de que los titulares puedan hacer oponibles sus derechos de manera más eficiente.

Por lo tanto, los fundamentos antes expuestos son la base para promover la implementación un sistema constitutivo no convalidante mediante el cual se garantice y mejore el nivel de seguridad jurídica de los propietarios, al permitir que su derecho sea oponible frente a terceros.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

DE LA

INVESTIGACIÓN

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Por su finalidad

La presente investigación es básica, ya que se aportan conocimientos sobre los sistemas de transferencias de propiedad inmueble, analizando cómo funciona nuestro sistema, y a partir de ello determinar si la implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles garantiza la seguridad jurídica del propietario.

1.2. Por su alcance

Esta investigación responde a una investigación descriptiva - explicativa en la medida que describiré la forma adecuada en que un sistema de transferencia debe garantizar la seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles. Además explicaremos cómo es que funcionaría el sistema dual de transferencia de bienes inmuebles garantizando la seguridad jurídica del propietario.

2. MATERIAL

- Legislación nacional y comparada.
- Libros.
- Revistas especializadas.
- Artículos e información no materializada.

3. METODOS

3.1. Métodos Lógicos

3.1.1. Método Científico

El método científico es el proceso por el cual una teoría es validada o bien descartada a través de una serie ordenada de pasos a seguir, utilizando para ello, instrumentos que resulten fiables.

En la presente investigación se ha aplicado este método desde el momento que se ha descrito la realidad problemática, se formuló el problema, la

hipótesis, se fijaron las variables, los objetivos, se planteó el marco teórico, hasta llegar a los resultados y conclusiones de la investigación.

3.1.2. Analítico

Este método se apoya en que para conocer un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes. Es decir, este método consiste en considerar por separado las partes de un todo mediante una operación intelectual.

Este método ha sido empleado para analizar de forma independiente los sistemas transferencia de inmuebles y la seguridad jurídica del propietario.

3.1.3. Sintético

Por medio de este método se logra reunir las partes que se separaron en el análisis para llegar al todo. La síntesis le exige la capacidad de trabajar con elementos para combinarlos de tal forma que constituyan un esquema o estructura que antes no estaba presente con claridad. Este método se ha empleado a lo largo de toda la investigación para poder redactar y resumir de manera idónea el marco teórico, realizar el análisis de contenido y elaborar las conclusiones.

3.2. Métodos Jurídicos

3.2.1. Doctrinario

Este método fue utilizado para recopilar las distintas posturas y las opiniones más relevantes de la doctrina nacional e internacional sobre el tema de investigación, siendo de utilidad fundamentalmente para el desarrollo del marco teórico.

3.2.2. Hermenéutica Jurídica

Este método fue utilizado para analizar e interpretar las normas y principios del ordenamiento jurídico en materia de derecho civil y registral.

4. TECNICAS

4.1. Fotocopiado

Técnica que nos permitió obtener reproducciones de los libros y revistas que sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo de la presente investigación y procesamiento de la información.

4.2. Fichaje

Nos permitió acumular datos, recoger ideas y organizarlo todo en un fichero concreto o virtual, además es una fuente de información, creciente y flexible.

4.3. Análisis De Contenido

Técnica que nos permitió analizar la doctrina referida a los sistemas de transferencias, para a partir de ello analizar la implementación de un sistema dual. De este modo, el análisis de contenido nos sirvió para comprobar la hipótesis de investigación y formular las conclusiones.

4.4. Entrevistas

Mediante esta técnica obtuvimos información y una opinión más precisa que nos permitió confirmar la hipótesis de investigación y formular las conclusiones. Esta técnica fue aplicada a personas distinguidas que manejen el tema de investigación y nos pudieron dar una opinión relevante.

5. INSTRUMENTOS

5.1. Fotocopia

Es el instrumento que nos permitió obtener las reproducciones de los libros y revistas.

5.2. Fichas

Es el instrumento que nos permitió tener la información, ideas y datos de forma ordenada.

5.3. Protocolo De Contenido

Este instrumento nos ayudó a conocer los resultados de nuestro análisis.

5.4. Guía de Entrevista

Mediante este instrumento se realizaron preguntas relacionadas al tema de investigación a los especialistas de la materia quienes nos aportaron con la información que requerimos para nuestra investigación. El tipo de preguntas utilizada fueron del tipo abiertas con la finalidad de poder conocer la tendencia de la opinión sobre el tema de investigación.

CAPITULO IV

PRESENTACION DE RESULTADOS

SUBCAPITULO I

IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DUAL EN LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES Y LA SEGURIDAD JURIDICA

1. FUNCIONAMIENTO Y JUSTIFICACION DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DUAL EN LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES

Anteriormente, hemos establecido la necesidad de implementar cambios normativos con la finalidad de mejorar la seguridad del propietario dado el desarrollo social, estableciendo como una alternativa un sistema dual de transferencia.

En ese sentido, en este capítulo se analizará si la implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú garantizará la seguridad jurídica del propietario.

Como se desarrolló en el marco teórico, un sistema dual de transferencia de inmuebles, implica que se apliquen dos sistemas de transferencias, dependiendo de si el inmueble está o no registrado. En el presente trabajo, postulamos la idea de que, la transferencia de los inmuebles que se encuentren registrados se realice con la inscripción (sistema constitutivo no convalidante), y los bienes inmuebles que no han sido registrados se transfieran con el consenso (sistema consensual), sin perjuicio de que estos puedan ser incorporados al registro correspondiente.

En ese sentido, todos los inmuebles registrados deben tener un régimen legal diferente, transfiriéndose con registro obligatorio, con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro. Haciendo la precisión de que, en ningún caso dicha inscripción será convalidante de vicios que pueda presentar el acto causal. De este modo se da un paso muy importante para la seguridad jurídica, pues a través del registro los propietarios lograrían una eficiente oponibilidad de sus derechos (Avendaño Valdez, El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la reforma del Código Civil, 2000, pág. 106).

Por otro lado, los inmuebles no registrados seguirán transfiriéndose con el consenso como funciona actualmente nuestro sistema, y una vez que se produzca la inmatriculación respectiva en adelante deberán transferirse como efecto de la inscripción, no permitiendo que estos regresen a la informalidad.

Se partiría, en ese caso, de una realidad efectiva, pues por un lado gran parte de los inmuebles en nuestro país se encuentran registrados. Se impondría la obligatoriedad del registro sólo para esos casos en adelante. El sistema se extendería a los inmuebles no inscritos una vez que se incorporasen al Registro. Progresivamente, y de modo natural, se generalizaría el sistema. Mediante la inscripción constitutiva se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación (Villegas Poma, 2001, pág. 96), pero sobre todo, se garantiza la seguridad jurídica del propietario al tener la posibilidad de oponer eficientemente su propiedad, a través del registro.

Por su parte, el sistema consensual, funcionará para la transferencia de los inmuebles que aún no se encuentran inscritos, esto es, inmuebles que no cuentan con partida registral. Como se mencionó en el marco teórico, si bien es cierto no se ha podido determinar una cantidad aproximada del número de inmuebles que no se encuentran registrados, información obtenida de los Registros Públicos, nos brinda la cantidad de inmatriculaciones que se han realizado desde el año 2005 hasta el mes de Julio del 2016 (VER GRAFICO N° 01 EN LA PAG. 130 Y ANEXO N° 02).

Estos datos nos permiten determinar que, si la cantidad de inmuebles que por primera vez acceden al registro se mantiene constante año tras año, es una realidad la existencia de inmuebles que hoy no se encuentran registrados, y que se mantienen al margen del registro.

En ese sentido, mientras esos inmuebles se mantengan fuera del registro, los propietarios podrán transferirlos de manera consensual, sin la exigencia de alguna formalidad complementaria.

Hasta el momento nos hemos referido a cómo es que funcionaría el sistema

dual propuesto, y porque es necesario tener los dos sistemas. Pero para implementar este sistema, debería formularse una modificación a nuestro artículo 949 del Código Civil, el cual actualmente determina que la transferencia de inmuebles se realiza con el consenso de las partes.

En ese sentido, para implementar un nuevo sistema de transferencia, el nuevo texto de la norma mencionada debe ser el siguiente: *“La sola obligación de enajenar un inmueble no registrado determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Si se trata de un inmueble registrado, la transferencia de propiedad opera con la inscripción en el registro respectivo”*.

De este modo, a través de lo establecido en el nuevo texto del artículo mencionado, se determina que la inscripción y el consenso se convertirán en el elemento que efectivice la transferencia del derecho real de propiedad. Teniendo en cuenta que, en materia de inmuebles registrados la inscripción no sería convalidatoria de los vicios que pueda tener el acto jurídico de transferencia.

Por lo tanto, concluimos en que el cambio de sistema en realidad se aplicaría para las transferencias de los inmuebles que ya se encuentran registrados. Los demás, seguirán transfiriéndose en mérito del sistema actual (sistema consensual), sin perjuicio de que estos inmuebles puedan ser inscritos y una vez incorporados en el registro, las posteriores transferencias se producirán con la inscripción.

2. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DUAL

Ahora bien, si queremos implementar este sistema, se deben crear condiciones óptimas para que la gente pueda sobre todo acceder al registro, teniendo en cuenta que la transferencia de los inmuebles inscritos será mediante la aplicación del sistema constitutivo. En ese sentido, se necesita principalmente lo siguiente:

- Combatir la falta de cultura registral.
- Fomentar políticas que permitan un fácil acceso al registro, desde el punto de vista económico (costos).

2.1. Respecto a la falta de cultura registral

Teniendo en cuenta que, actualmente en nuestro sistema, la inscripción no es obligatoria, hay muchas personas que no sienten la necesidad de preocuparse por esos trámites luego de adquirir un inmueble, lo que ha generado en cierto sector de la sociedad la falta de cultura registral. Dicha situación también ha sido incentivada por el mantenimiento del sistema consensual desde los dos anteriores códigos civiles.

En ese sentido, teniendo en cuenta esa falta de cultura registral, se deben crear procedimientos de fácil entendimiento para que la sociedad pueda inscribir sus inmuebles.

Respecto a ello, actualmente ya hay diversas normas que contribuyen a ello. Por ejemplo, se han simplificado trámites y a su vez abaratado costos con la Ley 27157, en la cual se establecen los procedimientos para el saneamiento de la titulación y de unidades inmobiliarias en las que coexisten bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común, tales como departamentos en edificios, quintas.

No obstante, recomendamos y reconocemos como fundamental que el Estado continúe y mejore las campañas de “educación registral”, campañas que actualmente realiza a través de la SUNARP mediante sus programas de inclusión denominados “Brigada Registral y Registrón Informativo”, el cual consiste en la visita casa por casa a los pobladores de distritos o poblados lejanos e informarles sobre los procesos de inscripción que tiene el Registro, requisitos e importancia para su desarrollo (Info Región - Agencia de Prensa Ambiental, 2014); por su parte, otro programa de inclusión es el llamado “Sunarp en tu Pueblo”, el cual está dirigido a la población que no tiene acceso al registro y desconoce sus beneficios. Así, a través de este programa, se traslada la operatividad de una oficina registral por un periodo de tiempo, para

que el poblador reciba orientación, pueda acceder a la publicidad registral y pueda realizar la inscripción de sus propiedades en su misma ciudad.

Por otro lado, cabe mencionar que entre las políticas estatales más importantes, que ha contribuido a subsanar esa falta cultura registral de la sociedad, colaborando con el acceso al registro, tenemos a la desarrollada por el gobierno a través de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), entidad que continúa formalizando las posesiones informales hasta la inscripción de títulos (Durand Vásquez, 2012, pág. 14). Inscripción que, en los registros públicos, es gratuita no importando un costo para los propietarios.

Además COFOPRI ha asumido las funciones que desempeñaba anteriormente el PETT (Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural), encargándose actualmente también de saneamiento físico legal de tierras rústicas, eriazas y territorios de comunidades campesinas y nativas, hasta la inscripción registral.

Todo lo mencionado nos sirve para determinar que la falta de cultura registral no es un problema tan grave actualmente, pues existen mecanismos que vienen subsanando dicha desinformación de la población, no obstante es necesario continuar con dichos procesos, de tal manera que la implementación del sistema dual se consolide y además se fomente la inscripción.

2.2. Respecto a los costos de acceso al registro.

Es muy cierto que el sistema de transferencia de propiedad inmueble, para un gran sector de nuestra población, es muy costoso, lento y acarrea un largo proceso de trámites, generando una gran inversión de dinero y dedicación de una enorme cantidad de tiempo.

Las personas que desean transferir sus inmuebles tienen que pagar por asesoramiento legal para la creación de la minuta de transferencia, acceder al notario, pagar los costos notariales para la elevación de la minuta a escritura

pública, cancelar diversos impuestos, y pagar los costos registrales para la inscripción de dicha transferencia en los Registros Públicos. Toda esta cadena de actos según nuestra legislación es necesaria para la inscripción de una transferencia por compraventa inmobiliaria (Aliaga Blanco, 2012, pág. 103).

Definitivamente para la pequeña propiedad la inscripción resulta cara. Sin embargo, la inversión destinada a los costos de inscripción resulta justificable, pues estos costos son proporcionales a la seguridad y beneficios que el registro brinda (principalmente una eficiente oponibilidad).

Un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una pérdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero; entonces gastar en un registro aparece como justificado (Durand Vásquez, 2012, pág. 13).

Respecto a esos costos, Aliaga Blanco sostiene que la existencia de altos aranceles registrales (principalmente con respecto a los derechos de inscripción), se debe a que el cálculo de estos aranceles se encuentra en relación directa al valor o cuantía del acto y no al valor de los gastos que efectivamente realiza el Registro para inscribir una rogatoria. Uno de los argumentos que sustenta y utiliza la SUNARP para seguir utilizando el valor del acto como parámetro para la determinación de los aranceles registrales se sustenta en que las rogatorias de mayores cuantías subsidian a las de menores cuantías, o en otras palabras que utilizan un sistema de compensación de subsidios cruzados.

Cabe precisar que la naturaleza de un Registro jurídico no es proveer recursos económicos al Estado (criterio que se aplica en todas las instituciones públicas, pues su finalidad es otorgar servicios públicos a los ciudadanos), por lo tanto el “arancel” debe servir para cubrir la totalidad o parte de los costos que la SUNARP genera, siempre y cuando este no desnaturalice la finalidad del Registro, promoviendo la protección de los derechos de propiedad y no generando barreras burocráticas que desmotiven las inscripciones registrales (Aliaga Blanco, 2012, pág. 250).

Para el beneficio de las personas de menos recursos consideramos que es necesario realizar subsidios por parte del Estado trasladando a la entidad registral los recursos presupuestales que correspondan y que permitan el ingreso al Registro, por un periodo de tiempo determinado y acompañado de campañas eficientes diseñadas en generar una correcta cultura registral (Aliaga Blanco, 2012, pág. 250).

No obstante, debe tenerse en cuenta que, de implementarse el sistema dual, para la transferencia de inmuebles registrados, los costos de inscripción necesariamente tendrían que realizarse. Por lo que concordamos con quienes refieren que se necesita facilitar el acceso físico para los usuarios más pobres, así como implantar mecanismos de incentivo (buscar y apoyar al usuario), con el propósito de asegurar costos razonables que permitan el acceso de los usuarios, especialmente los más pobres (Banco Mundial, 2006, pág. 594).

Es por ello que, una especie de apoyo estatal, precisamente se viene desarrollando, como ya se mencionó, a través de COFOPRI, órgano encargado de realizar la primera inscripción de muchos inmuebles de manera gratuita, como vemos en los siguientes cuadros:

**CUADRO N° 3: TÍTULOS INSCRITOS CON AYUDA DE COFOPRI EN LA
LIBERTAD (PERIODO: AGOSTO 2011 – ABRIL 2016)**

PROVINCIA	TOTAL TITULOS
ASCOPE	1679
BOLIVAR	40
CHEPEN	757
GRAN CHIMU	115
JULCAN	9
OTUZCO	812
PACASMAYO	1102
PATAZ	886
SANCHEZ CARRION	1327
SANTIAGO DE CHUCO	820
TRUJILLO	8907
VIRU	1011
TOTAL GENERAL	17465

FUENTE: COFOPRI – OFICINA GENERAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA (Ministerio de Vivienda, 2016)

ELABORACION: COFOPRI

**CUADRO N° 4: TITULOS DE PROPIEDAD OTORGADOS POR COFOPRI
POR DEPARTAMENTO AGOSTO 2011 A 31 DE JULIO 2016**

DEPARTAMENTO	N° TOTAL DE TITULOS	% TOTAL DE TITULOS
Amazonas	6,909	1.8%
Ancash	18,364	4.9%
Apurímac	10,000	2.7%
Arequipa	19,223	5.1%
Ayacucho	18,700	5.0%
Cajamarca	7,759	2.1%
Callao	4,996	1.3%
Cusco	15,318	4.1%
Huancavelica	8,803	2.3%
Huánuco	14,204	3.8%
Ica	23,205	6.2%
Junín	15,414	4.1%
La Libertad	18,158	4.8%
Lambayeque	16,161	4.3%
Lima	70,911	18.9%
Loreto	10,982	2.9%
Madre de Dios	3,511	0.9%
Moquegua	2,197	0.6%
Pasco	5,884	1.6%
Piura	27,125	7.2%
Puno	19,847	5.3%
San Martín	19,936	5.3%
Tacna	4,744	1.3%
Tumbes	5,925	1.6%
Ucayali	6,673	1.8%
Total	374,849	100.00%

FUENTE: COFOPRI – OFICINA GENERAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA
ELABORACION: COFOPRI

Estos datos nos muestran los títulos inscritos por COFOPRI que benefician a los usuarios debido a que son inscripciones gratuitas, facilitando el acceso al registro desde el punto de vista económico para la población.

Definitivamente no se trata de que todas las inscripciones sean realizadas de forma gratuita por medio de instituciones del Estado, pero si es tarea del Estado la existencia de estos programas que benefician a quienes menor posibilidad tienen de acceder al registro.

3. LA SEGURIDAD JURIDICA DEL PROPIETARIO EN EL SISTEMA DUAL DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES

La seguridad jurídica del propietario es la garantía dada al titular de que su derecho de propiedad será eficazmente protegido, lo que implica que éste tenga la posibilidad de oponer eficientemente su derecho frente a terceros, así como poder ejercer plenamente su derecho.

Para ello, recordemos que cuando hicimos un análisis de nuestro sistema de transferencias precisamos que nuestro sistema no brinda una eficiente oponibilidad al no exigir la inscripción para adquirir la propiedad sobre un inmueble. Lo ideal es buscar un sistema que permita, una vez realizada la transferencia de propiedad, el propietario pueda gozar de una eficiente oponibilidad de su derecho, esto es, tener seguridad jurídica.

En ese sentido, establecimos la necesidad de implementar un sistema dual, dadas las ventajas que ambos sistemas presentan en su aplicación. Por lo tanto para determinar que este sistema garantizará la seguridad jurídica, expresamos lo siguiente:

3.1. Respecto a lograr una eficiente oponibilidad

La seguridad jurídica tiene a la publicidad como uno de los instrumentos que garantiza su eficacia a través del efecto erga omnes. La cognoscibilidad general es un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidades en el derecho (Huanca Quispe, 2013, pág. 18).

En ese sentido, la publicidad es la actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real, por lo tanto, mientras mejores sean los mecanismos de publicidad, será más fácil determinar quién es el verdadero propietario del bien, quién goza de la exclusividad de determinado inmueble y quién precisamente se encuentra legitimado para oponer o excluir a los demás del ámbito del ejercicio de su derecho de propiedad.

Según Manuel Muro, un verdadero derecho de propiedad no se entiende si no existen signos claros de su oponibilidad frente a todos (Congreso de la República, s.f, pág. 5), lo que de manera más eficiente se logra a través de la publicidad.

En ese sentido, respecto de la publicidad de los Derechos Reales, específicamente del de propiedad, existen dos formas, las mismas que se adoptan en el Derecho Comparado.

La primera de estas formas es la posesión, reconocida como un “signo exterior de reconocibilidad”. Aun cuando en la actualidad, la posesión cumple funciones distintas, no se ha podido prescindir de este instrumento jurídico como forma de publicidad, coexistiendo con la publicidad registral (Montesinos Corro, 2007). Por ello nuestro ordenamiento jurídico establece que quien tiene la posesión de un bien se presume que es propietario.

La segunda forma de publicidad es el Registro, cuyas inscripciones dan conocimiento a terceros de determinada situación jurídica. Este Registro, es una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando ésta ya no resultaba suficiente para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma, respecto de cierto tipo de bienes perfectamente identificables e individualizables (Montesinos Corro, 2007).

De las dos formas de publicidad mencionadas, el Registro es el medio más efectivo para hacer cognoscibles los derechos de propiedad. A través de éste, se garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta, pues la información registral es la que mejor permite a terceros identificar objetivamente quien

goza de la titularidad para excluir.

Como sabemos una de las razones de la existencia de derechos de propiedad es la necesidad de excluir mi patrimonio del resto; si no existe un sistema que permita “excluir” no podemos hablar de una correcta protección del derecho. Es por tal motivo que consideramos que el registro es pieza clave para esta “determinación, identificación y protección” de derechos patrimoniales, otorgando el máximo nivel de oponibilidad a nuestro derecho (Aliaga Blanco, 2012, pág. 66).

Lograr una eficiente oponibilidad es fundamental, pues lo que a todo titular le interesa, es finalmente, poder excluir a los demás y consecuentemente gozar de una titularidad exclusiva. Y ello se presenta de la mejor manera, en los sistemas que determinan que la transferencia de los inmuebles se realiza al momento en que se publicita el derecho adquirido, siendo uno de ellos el sistema constitutivo no convalidante.

En ese sentido, con la aplicación de un sistema constitutivo (para la transferencia de inmuebles inscritos), se garantiza la seguridad jurídica, pues al realizarse necesariamente la transferencia con la inscripción, se identificará de manera indubitable al titular de cada uno de los inmuebles inscritos, dotando a los propietarios – desde el momento de adquisición de la propiedad- del goce de una eficiente oponibilidad frente a todos.

Por otro lado, lo anteriormente mencionado, no quiere decir que los propietarios de los inmuebles no inscritos no puedan hacer oponible su derecho de propiedad. Estos titulares también gozan de la oponibilidad frente terceros en general, a los que simplemente les corresponde respetar lo ajeno, bastando al titular -para reclamar la efectiva exclusión de los terceros en general- demostrar la existencia de su derecho (Arata Solis, 2010, pág. 460), lo cual lo logrará con la exhibición de su título.

Recordemos que la oponibilidad de los actos jurídicos no implica que éste pueda crear obligaciones en cabeza de los terceros, pero sí que las partes puedan oponer a los terceros los efectos del mismo producido entre ellos

(Regis, 2014).

En ese sentido, los propietarios de inmuebles no inscritos, con el título que ostentan les es suficiente para poder hacer oponible su derecho sin inconveniente, frente a todos aquellos que no tengan título alguno, e incluso frente a quienes alegan tener algún título pero éste es de fecha posterior.

3.2. Respecto al ejercicio pleno del derecho de propiedad

El otro fundamento para la implementación del sistema dual, o en todo caso para mantener la aplicación del sistema consensual para la transferencia de los inmuebles no inscritos, es precisamente no limitar el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad, de aquellos titulares de los inmuebles mencionados, específicamente la facultad de disposición.

En ese sentido, ya hemos mencionado anteriormente, que es una realidad la existencia de inmuebles que hoy no se encuentran registrados. Por lo tanto, mientras esos inmuebles se mantengan fuera del registro, con el mantenimiento del sistema consensual para su transferencia, los propietarios podrán disponer sus inmuebles no registrados de manera consensual, sin la exigencia de alguna formalidad complementaria.

Situación que sería distinta si solo se plantea la adopción de un sistema totalmente constitutivo, en el cual se exigiría la inscripción para todas las transferencias de inmuebles, lo que afectaría a los propietarios de inmuebles no registrados, quienes para disponer su inmueble, previamente estarán obligados a inscribirlo.

De este modo, manteniendo el sistema consensual, permitiremos que estos propietarios puedan hacer un ejercicio pleno de su derecho de propiedad, lo que conlleva a que gocen de seguridad jurídica, al dotarle el ordenamiento jurídico de la posibilidad de ejercer su propiedad sin problemas.

4. APUNTE FINAL

Teniendo en cuenta que el sistema económico se basa en los sucesivos

intercambios de bienes y servicios, que se producen entre los distintos sujetos con la finalidad de satisfacer las necesidades e intereses de la vida, la necesidad de proteger los derechos y asegurar las transferencias es vital. Este es el fundamento que se encuentra detrás de la implementación de un sistema dual que permita garantizar y mejorar la seguridad jurídica que brinda actualmente nuestro sistema consensual.

Del mismo modo, recordemos que un sistema de transferencia de propiedad coherente, debe ofrecer una posibilidad de exclusión total. Esa exclusión total se logra siempre que se pueda gozar de una eficiente oponibilidad, la cual consiste en la protección de las facultades de las que goza el titular de cada derecho real frente a los terceros en general a los que les corresponde respetar lo ajeno (Arata Solis, 2010, pág. 460).

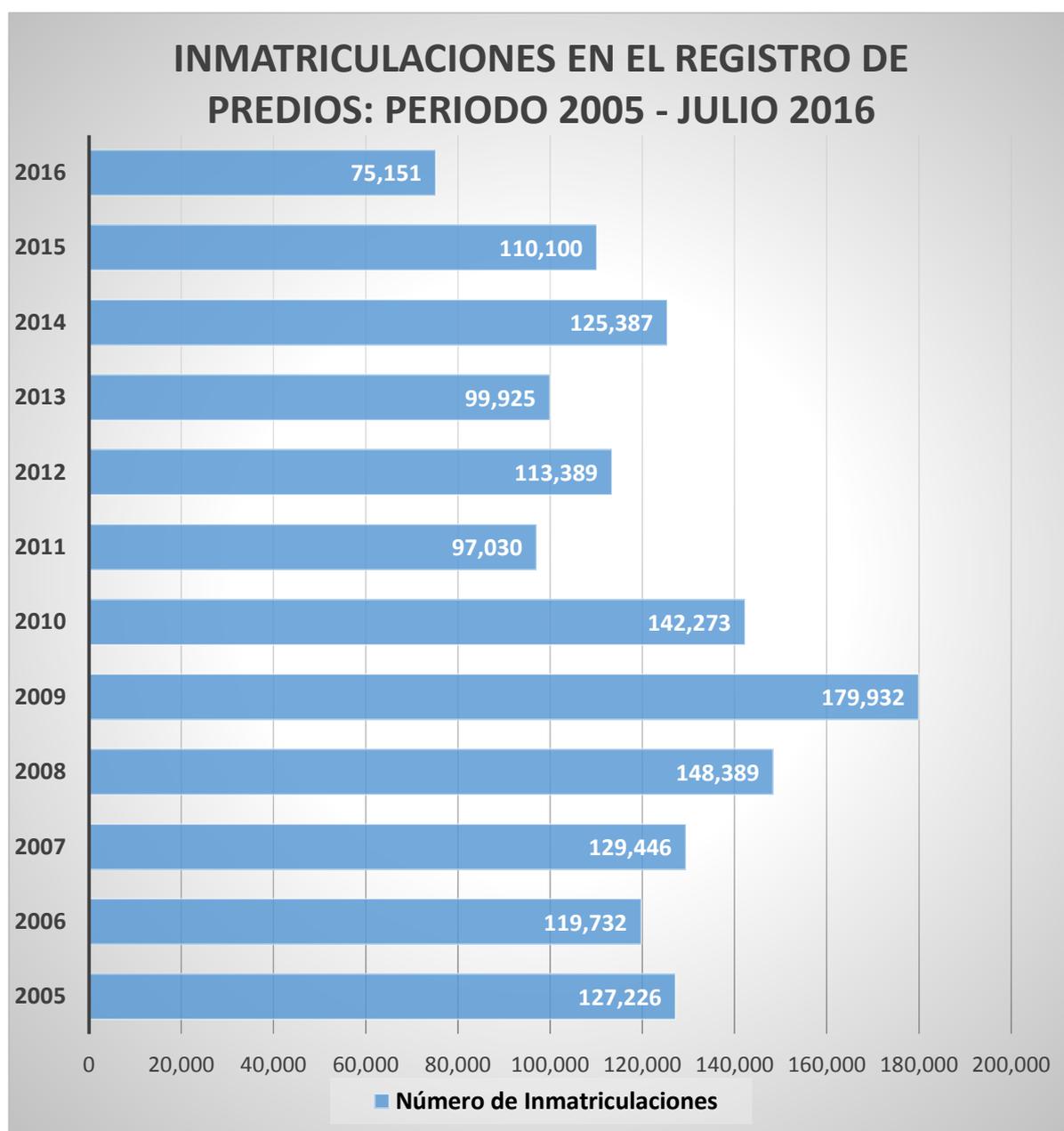
En ese sentido, al incorporar el sistema constitutivo, cuanto menos para la transferencia de inmuebles registrados, la eficiente oponibilidad se logra a través de la inscripción obligatoria de las transferencias, lo que precisamente significa gozar de seguridad jurídica.

Además, al mantener el sistema consensual (únicamente para la transferencia de inmuebles no registrados) se logra no sacar del mercado a quienes tengan inmuebles no registrados, pues son propietarios que también tienen el derecho de acceder a la propiedad, de disponer de ella y gozar de todas las facultades inherentes a ella. Por lo que, por este lado también logramos garantizar seguridad jurídica de los propietarios de los inmuebles no inscritos, al permitirles un ejercicio pleno de su derecho.

SUBCAPITULO II

DE LAS ESTADISTICAS

**GRAFICO N° 1: INMATRICULACIONES EN EL REGISTRO DE PREDIOS
PERIODO 2005 - JULIO 2016**



FUENTE: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS (SUNARP)
ELABORACION PROPIA

ANALISIS Y COMENTARIO

En este cuadro se muestran el número de inmatriculaciones realizadas en el registro de predios desde el año 2005 hasta el mes de Julio del año 2016.

Se observa la tendencia que existe respecto a incorporar los inmuebles al registro, primer paso para que, posteriormente, las transferencias de los inmuebles sean registradas y faciliten el funcionamiento de un sistema constitutivo.

La mayor cantidad de inmatriculaciones se realizó en el año 2009 (179,932) y la más baja en el año 2011 (97,030). Asimismo, se podría decir que el promedio de todos estos años es superior a 110,000 inmatriculaciones anuales.

Por otro lado, un análisis de estos datos en sentido contrario, nos permite determinar que, si la cantidad de inmuebles que por primera vez acceden al registro se mantiene constante año tras año, es una realidad la existencia precisamente de inmuebles que hoy no se encuentran inscritos, que se mantienen al margen del registro.

Por lo tanto, ello nos permite determinar la necesidad de mantener un sistema consensual para la transferencia de esos inmuebles que actualmente no se encuentran registrados, permitiendo que sus propietarios puedan transferir esos inmuebles de manera consensual, sin la exigencia de la inscripción.

**CUADRO N° 5: INMATRICULACIONES EN EL REGISTRO DE PREDIOS
SEGÚN DEPARTAMENTO PERIODO 2005 – JULIO 2016**

DEPARTAMENTO	PERIODO 2005 - JULIO 2016
AMAZONAS	42,084
ANCASH	81,356
APURIMAC	47,658
AREQUIPA	64,571
AYACUCHO	94,653
CAJAMARCA	66,449
CUSCO	66,428
HUANCAVELICA	35,243
HUANUCO	38,505
ICA	126,390
JUNIN	80,744
LA LIBERTAD	77,523
LAMBAYEQUE	49,557
LIMA³	213,699
LORETO	31,125
MADRE DE DIOS	11,535
MOQUEGUA	4,888
PASCO	8,529
PIURA	120,017
PUNO	96,494
SAN MARTIN	86,393
TACNA	11,752
TUMBES	288
UCAYALI	12,099
TOTAL	1'467,980

FUENTE: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS
PUBLICOS (SUNARP)

ELABORACION PROPIA

³ Las cifras del departamento de Lima han sido consolidadas con las cifras de la Provincia Constitucional del Callao

ANALISIS E INTERPRETACION

Del gráfico observamos que los tres departamentos que mayor número de inmatriculaciones han realizado en el periodo 2005 – 2016 (Julio) son: Lima con 213,699; Ica con 126,390; y Piura con 120,017 inmatriculaciones.

Definitivamente la gran extensión del Departamento de Lima así como también la gran cantidad de pobladores (se estima que está por encima de los nueve millones de habitantes) influye en el hecho de que aún existan inmuebles que son incorporados por primera vez al registro.

Respecto al Departamento de Ica, conforme se observa en el cuadro de inmatriculaciones insertado como anexo, el número de inmatriculaciones ha ido en aumento de forma considerable después del año 2007. Cabe precisar que en dicho año se produjo un terremoto que afectó principalmente las localidades de Pisco, Chincha e Ica. Por ello, existe la probabilidad que después de dicho acontecimiento los propios pobladores hayan sentido la necesidad de incorporar sus inmuebles al registro para así poder tener bien definidos sus derechos de propiedad, teniendo la posibilidad de oponer eficientemente su propiedad.

Todo ese número de inmatriculaciones, más los inmuebles que ya se encuentran registrados, son indicios para la viabilidad del funcionamiento de un sistema constitutivo, pues estos datos nos muestran que la población, sea por interés propio o a través de instituciones del Estado, tiene acceso al registro.

Por otro lado, los departamentos donde menor número de inmatriculaciones se han realizado son: Tumbes con 288; Moquegua con 4,888; y, Pasco con 8,529 inmatriculaciones.

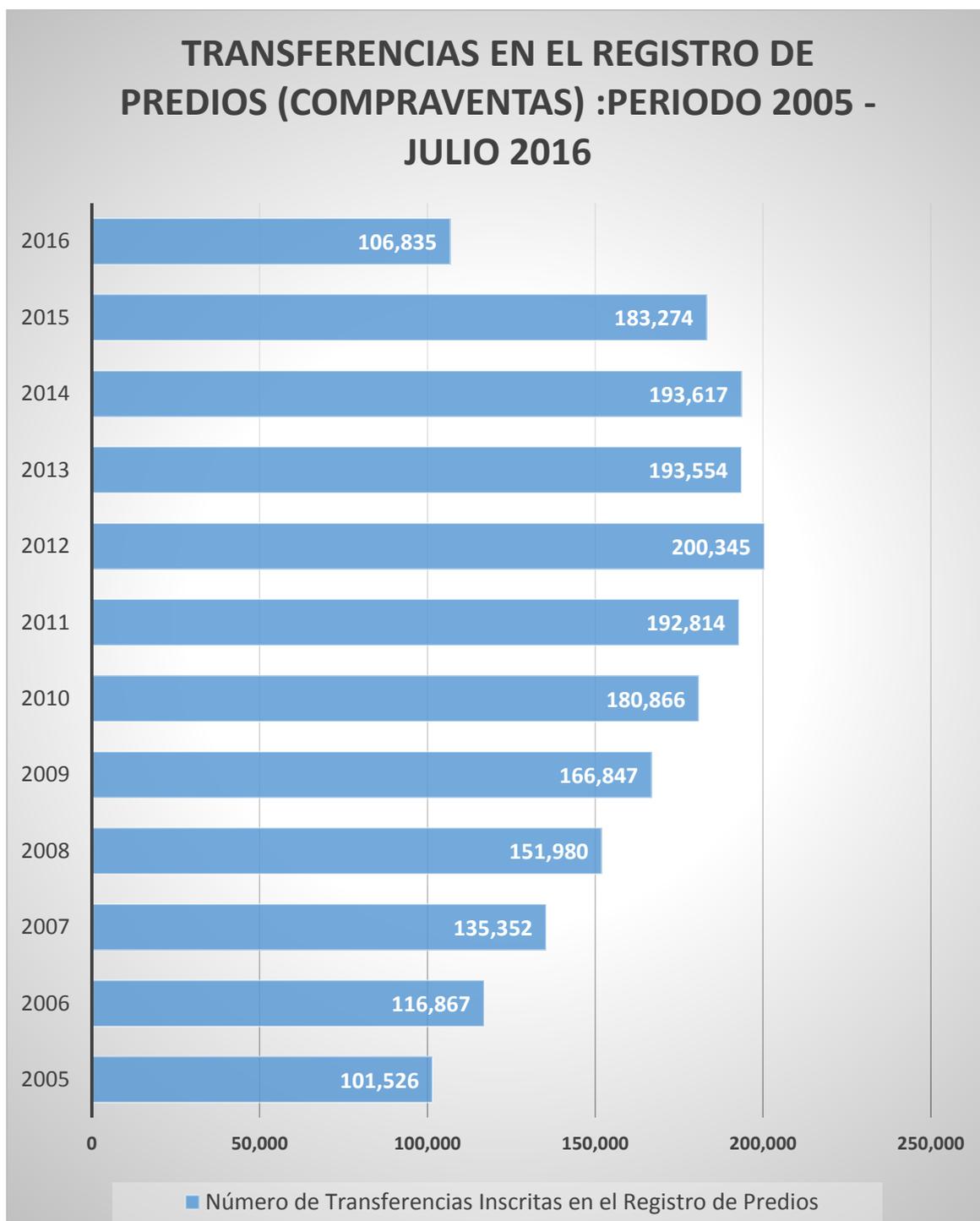
El departamento de Tumbes es el más pequeño del país en cuanto a extensión se refiere, por lo que es posible que existan menos inmuebles y muy pocas inmatriculaciones al año. Los otros dos departamentos (Moquegua y Pasco) se encuentran también entre los más pequeños en cuanto a extensión

se refiere, incluso Moquegua es el segundo departamento con menor población⁴ (Instituto Nacional de Estadísticas e Informática - INEI, 2015, pág. 11).

El hecho de que en dichos departamentos existan menos inmatriculaciones no quiere decir que la mayoría de inmuebles se encuentren en el registro. Por ejemplo, el Departamento de Pasco se encuentra entre los departamentos con mayor incidencia de pobreza extrema (Instituto Nacional de Estadísticas e Informática - INEI, 2015, pág. 17). Situación que es un motivo por el cual la población no incorpora sus bienes al registro. Siendo importante el mantenimiento del sistema consensual, no obstante seguir promoviendo la intervención del Estado para facilitar el acceso al registro a la población.

⁴ Según datos del INEI la población de Moquegua al 2015 sería 180,477 habitantes.

**GRAFICO N° 2 : TRANSFERENCIAS EN EL REGISTRO DE PREDIOS
POR AÑO PERIODO 2005 - JULIO 2016**



FUENTE: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS (SUNARP)
ELABORACION PROPIA

ANÁLISIS Y COMENTARIO

En este cuadro se aprecia que las inscripciones de las transferencias de inmuebles han venido aumentando año tras año, teniendo su punto más alto en el año 2012 (200,345 transferencias inscritas) y la más baja en el año 2005 (101,526 transferencias inscritas).

Ello demuestra que muchas transferencias logran la inscripción. Situación que desde el año 2012 se ha mantenido por encima de las 180,000 transferencias registradas.

Todo ello da indicios de que la población usa el registro cada vez más en las transferencias de inmuebles, información útil para determinar que la población tiene tendencia a realizar transferencias e inscribirlas en el registro.

SUBCAPITULO III

DE LAS ENTREVISTAS

Con el objetivo de obtener un mayor sustento respecto a la posición planteada en la presente tesis se ha entrevistado a un registrador público, a una asistente registral y a un abogado docente de derechos reales, y a un Juez Civil, quienes se encuentran familiarizados con el sistema de transferencias de inmuebles, obteniendo los siguientes resultados:

PREGUNTA N° 01: ¿Qué entiende como seguridad jurídica del propietario de bienes inmuebles?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Es la garantía que el Estado a través de normas jurídicas o entidades como el Registro, otorga a propietarios; con la finalidad de mantener la inalterabilidad de sus derechos inmobiliarios adquiridos; así como permitir que éstos realicen transacciones comerciales las cuales estén exentas de vicios o causales de anulabilidades posteriores.
ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	Es la garantía que el Estado le brinda al propietario respecto a que sus bienes y los derechos sobre los mismos no serán violentados y que se le brindará la protección correspondiente, y que podrá ejercer sus derechos de manera plena y sin perturbaciones, y que el mismo sea oponible a terceros.
ABOGADO	Es el derecho que a todo propietario se le concede a efectos de que su derecho de propiedad sobre un inmueble sea motivo de respeto y también puede

DOCENTE DE DERECHOS REALES	hacer uso de su carácter de oponibilidad ante terceros, independientemente de si el inmueble está o no inscrito.
JUEZ CIVIL	Es la garantía y certeza que da el ordenamiento jurídico a quienes tengan la condición jurídica de propietario, respecto a que su derecho sea eficientemente oponible y no se vea afectad por actos ajenos a él.

Comentario:

Las respuestas a esta primera pregunta tienen una misma dirección y coinciden con lo desarrollado en el presente trabajo. Todos los entrevistados coinciden en que la seguridad jurídica del propietario de inmuebles, es una protección que debe ser brindada por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de proteger los derechos de propiedad, permitiendo que el derecho sea oponible a terceros y que a partir de esa protección se garantice el ejercicio pleno del derecho de propiedad sin perturbaciones.

PREGUNTA N° 02: ¿Cuáles cree Ud. que deben ser las características de un sistema de transferencias que asegure la seguridad jurídica del propietario?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Se debe tener en cuenta que el sistema de transferencias a aplicar debe estar enlazado entre sí a nuestra realidad; siendo así creo que en Perú deberíamos llegar a un sistema constitutivo; las “malas costumbres” apreciadas en innumerables casos de: dobles ventas, concurrencia de acreedores, nulidades anulabilidades, ineficacias así lo demuestran y crean la necesidad de acudir a este sistema, en aras de la seguridad jurídica.

ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	Debe ser un sistema que garantice en la transparencia de la transferencia de inmuebles.
ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES	Lo ideal sería que todos los inmuebles estén inscritos en el registro y por ende las transferencias por compraventa deberían ser en sede registral, para ello resulta necesario e imprescindible que la formalización del derecho de propiedad continúe.
JUEZ CIVIL	Debe garantizar que la información que publicita es plenamente cierta y veraz. Además de ello debe procurar la no afectación de los titulares de sus derechos.

Comentario:

Los entrevistados han identificado principalmente como las características que debe tener el sistema de transferencias que brinde la seguridad jurídica del propietario a: la inscripción constitutiva, y, la transparencia en la transferencia de inmuebles, a través de un sistema que haga de conocimiento público todas las transferencias, de tal manera que el registro publicite información cierta y veraz.

En el presente trabajo, al momento de analizar los sistemas de transferencias hemos concluido en que los objetivos de un sistema óptimo es permitir la máxima circulación de la riqueza, y brindar seguridad jurídica. En ese sentido, las respuestas brindadas por los entrevistados, nos permiten apreciar que lo que buscan principalmente en un sistema de transferencia es la obtención de

seguridad jurídica a los propietarios. Pues con la inscripción constitutiva de las transferencias, como lo mencionan, se tendría información más exacta al momento de celebrar contratos, no solo a las partes de una relación, sino también a los terceros que pueden verse afectados por las transferencias, pues sería de conocimiento público (a través del registro) las transferencias sobre inmuebles.

PREGUNTA N° 03: ¿Considera que nuestro sistema consensual brinda seguridad jurídica? ¿Qué ventajas advierte que tiene nuestro sistema consensual de transferencia de inmuebles?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	No. Considero que la principal ventaja evidente e ideal es la fluidez en las transacciones comerciales, ya que los inmuebles estén inscritos o no pueden ser transferidos sin exigencia de formalidad.
ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	Considero que el actual sistema consensual no brinda una completa seguridad jurídica porque el propietario no puede hacer pleno oponible su derecho, dado que la inscripción en los Registros Públicos no es obligatoria. En cuanto a las ventajas que tiene este sistema, considero que la principal ventaja podría ser la facilidad con la que se pueden realizar las transacciones, no exigiéndose para la transferencia los costos de formalización (escritura pública e inscripción en Registros Públicos).

<p style="text-align: center;">ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES</p>	<p>El artículo 949 del Código Civil por sí solo no genera protección alguna. Sobre todo cuando un propietario no puede oponer su derecho ante un comprador del mismo inmueble que ha inscrito su derecho.</p>
<p style="text-align: center;">JUEZ CIVIL</p>	<p>De cara a la realidad, el sistema consensual no brinda mayor seguridad. No obstante no establece trabas para la transferencia efectiva y poco costosa de los inmuebles, estén inscritos o no.</p>

Comentario:

Todos los entrevistados han precisado que el sistema consensual que rige en nuestro país para la transferencia de inmuebles no brinda una correcta seguridad jurídica. Uno de ellos agrega expresamente que la falta de seguridad jurídica se genera en cierto modo porque la inscripción no es obligatoria. Y otro considera que ello se debe a la oponibilidad ineficaz del derecho de propiedad que genera nuestro sistema mientras el derecho no acceda al registro.

Definitivamente lo manifestado coincide con lo analizado en nuestro trabajo, pues hemos mencionado que en nuestro sistema consensual no se brinda una correcta seguridad jurídica en el sentido de que el consenso no otorga una eficiente oponibilidad a los propietarios, mientras no realicen la inscripción.

Por otro lado, no obstante lo manifestado, los entrevistados también han identificado como la principal ventaja de nuestro sistema la fluidez o facilidad para realizar transacciones inmobiliarias, sin diferenciar si el inmueble se encuentra o no incorporado al registro.

PREGUNTA N° 04: ¿Cree usted que nuestro sistema consensual tiene

deficiencias? ¿Cuales?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Sí, entre ellas tenemos: - Transacciones clandestinas que no se inscriben y dificultan la identificación del titular del inmueble - Transfiere propiedades relativas que no pueden oponerse a terceros si no se logra la inscripción.
ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	Si, definitivamente nuestro sistema dificulta la posibilidad de identificar al titular del inmueble, las cargas o gravámenes.
ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES	Sí. Muchas transacciones no se inscriben lo que afecta de algún modo la recaudación de impuestos. La presencia de problemas judiciales derivados de la imperfecta oponibilidad que hay en nuestro sistema.
JUEZ CIVIL	Si. Contribuye en cierta medida a la propiedad informal, presentándose dificultades para identificar a los titulares de los inmuebles.

Comentario:

En esta pregunta las respuestas están destinadas a identificar como deficiencias de nuestro sistema a la dificultad para identificar al titular de un inmueble y por otro lado al hecho de que los propietarios no accedan

fácilmente a una eficiente oponibilidad.

Por su parte, uno de los entrevistados manifiesta que al no requerirse la inscripción como obligatoria, muchas transferencias afectan la recaudación de impuestos. Esto debido a que las autoridades no pueden tomar conocimiento de las transferencias, no tomando conocimiento de las actividades que puedan ser gravadas.

PREGUNTA N° 05: ¿Qué ventajas y desventajas generaría la adopción solamente de un sistema constitutivo no convalidante?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Entre las ventajas tenemos el fácil acceso al crédito para el propietario y una oponibilidad eficiente frente a terceros. Entre las desventajas se presentaría la dificultad de incorporar inmediatamente todos los inmuebles al registro.
ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	Como ventajas considero que todos los propietarios pueden acceder fácilmente al crédito lo que desde el punto de vista económico le otorga un valor adicional al inmueble. Además se brinda una buena protección al poder oponer el derecho de propiedad frente a terceros. Como desventaja tendríamos la obstaculización del tráfico inmobiliario debido a la cantidad de inmuebles que aún no están registrados.
	Definitivamente un sistema puramente constitutivo generaría confianza a los adquirentes de

<p>ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES</p>	<p>derechos, pues tendrían una eficiente oponibilidad frente a terceros.</p> <p>La desventaja sería la incorporación de todos los inmuebles en el registro.</p>
<p>JUEZ CIVIL</p>	<p>Como ventajas tenemos que se dotaría de certeza al derecho transferido, logrando que los propietarios tengan una eficiente oponibilidad.</p> <p>Por otro lado, como desventajas estarían los engorrosos procedimientos para inscripción. Situación que generaría que muchos inmuebles no puedan acceder al registro, negando de algún modo el derecho de propiedad de los titulares de inmuebles no inscritos.</p>

Comentario:

Entre las principales ventajas de un sistema constitutivo no convalidante, que han identificado los entrevistados tenemos, el fácil acceso al crédito formal para el propietario. Esto debido a que en la práctica, las entidades cuyo fin es otorgar créditos, la mayoría de veces, solicitan que sus clientes que entreguen como garantía un inmueble, el cual debe estar debidamente inscrito.

Otra ventaja mencionada es la oponibilidad eficiente frente a terceros. En un sistema constitutivo quien aparece en el registro como titular es el verdadero propietario, no existiendo la posibilidad de la existencia de propietarios fuera del registro. Por lo tanto, el propietario tendrá una correcta protección al poder oponer el derecho de propiedad frente a terceros.

Por otro lado, los entrevistados han señalado como desventajas para la adopción de un sistema constitutivo la dificultad de incorporar inmediatamente todos los inmuebles al registro, generando además como consecuencia paralización y obstaculización en el tráfico de los inmuebles no inscritos.

PREGUNTA N° 06: ¿Cuáles considera que actualmente son los mayores impedimentos para que la gente inscriba su derecho de propiedad en el registro de predios?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Problemas con demostrar el tracto sucesivo.
ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS	<p>Más que un impedimento la razón por la cual las personas no inscriben es la falta de información de las personas que no saben las bondades del registro.</p> <p>Asimismo, al realizar las inmatriculaciones la observación más común es por el lado técnico, pues muchas veces el plano que presentan no coincide con la descripción del inmueble en el título inmatriculante.</p>
ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES	Creo que se debería mejorar y apuntar a promover más la formalización de las propiedades para que una vez saneadas puedan acceder al registro fácilmente.
JUEZ CIVIL	La falta de recursos para los trámites de formalización, además del desconocimiento del ciudadano. Para ello deben desarrollarse proyectos orientados a subsanar esa situación.

Comentario

De las respuestas brindadas por los entrevistados compartimos principalmente el hecho de que, más que impedimentos, existe cierta desinformación por cierto sector de la sociedad, respecto de los beneficios que genera inscribir el derecho de propiedad en el registro. Siendo dicha falta de cultura registral la causa principal para que las personas no accedan al registro.

Por otro lado, también compartimos el hecho de que existen ciertos problemas al incorporar por primera vez un inmueble al registro. Sin embargo, como se demuestra en el Subcapítulo “Estadísticas”, año tras año se siguen incorporando inmuebles al registro, lo que de algún modo puede indicar que ciertos impedimentos para acceder al registro se van subsanando.

Y esto último, seguro viene apoyado por las políticas que realiza el Estado para brindar información sobre los beneficios de la inscripción, además desarrolla programas encargados de formalizar las propiedades y una vez saneadas puedan acceder al registro fácilmente.

PREGUNTA N° 07: Buscando mejorar la seguridad jurídica del propietario ¿considera que la implementación de un sistema dual de transferencia (sistema constitutivo no convalidante para inmuebles registrados y sistema consensual para inmuebles no registrados) cumple con dicho objetivo? ¿De qué modo?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
REGISTRADOR PUBLICO DEL REGISTRO DE PREDIOS	Creo que sí, progresivamente se iría uno constitutivo. Creo que se debería repensar la clasificación de los bienes propuesta según el Dr. Avendaño (bienes registrables y no registrables.)

<p style="text-align: center;">ASISTENTE REGISTRAL DEL REGISTRO DE PREDIOS</p>	<p>Considero que la adopción de un sistema dual puede ayudar a mejorar la seguridad jurídica de nuestro país, dado que así, de manera progresiva se generaría un mayor acceso de las personas al Registro y las garantías que éste le ofrece para proteger su propiedad.</p>
<p style="text-align: center;">ABOGADO DOCENTE DE DERECHOS REALES</p>	<p>Es factible, teniendo en consideración que la formalización de la propiedad en todo el país no se puede lograr a corto plazo, es una buena medida a tomar en cuenta.</p>
<p style="text-align: center;">JUEZ CIVIL</p>	<p>Considero que mejoraría en gran medida la seguridad jurídica en la transferencia de la propiedad. Sin embargo, esto sólo debería ser un paso previa con miras a un sistema totalmente constitutivo orientado a que la propiedad en el Perú se formalice íntegramente y que el Registro dote de mayor eficacia a los derechos de propiedad.</p>

Comentario:

Un buen punto a favor de nuestra investigación son las respuestas brindadas sobre esta pregunta. Ello debido a que, los entrevistados han considerado en que la adopción de un sistema dual en la transferencia de inmuebles sería una buena medida para lograr garantizar y mejorar la seguridad jurídica de los propietarios. Incluso sostienen que sería bueno la adopción de este sistema con el objetivo de progresivamente adoptar únicamente un sistema constitutivo.

CONCLUSIONES

1. En nuestro país para la transferencia de inmuebles se ha adoptado un sistema consensual, conforme lo establece el artículo 949 del Código Civil. Esto es, la transferencia se realiza mediante el acuerdo de voluntades, no exigiéndose ninguna formalidad complementaria para consumar la transferencia, como por ejemplo la inscripción.

2. Nuestro sistema de transferencia no exige obligatoriamente publicitar el derecho transferido. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la mejor manera para publicitar la transferencia de un derecho es a través de la inscripción en el registro, la cual brinda a los propietarios una eficiente oponibilidad. En ese sentido, los derechos de propiedad no pueden ser eficientemente oponibles mientras no se realice la inscripción.

Por otro lado, nuestro actual sistema, permite que todos los propietarios puedan disponer fácilmente de su inmueble, se encuentre inscrito o no, no limitándose así el ejercicio del derecho de propiedad, específicamente la facultad de disposición de los propietarios de inmuebles no inscritos en el registro.

3. El actual sistema de transferencia no garantiza una correcta seguridad jurídica, en el sentido de que, si bien permite un ejercicio pleno de los derechos, no brinda una eficiente oponibilidad de los mismos. Por lo tanto, es necesario ampliar nuestro sistema de transferencia.

4. La ampliación de nuestro sistema consiste en implementar un sistema dual de transferencias, el cual establece que los inmuebles registrados sean transferidos con la inscripción, aplicando un sistema constitutivo no convalidante; y, los inmuebles no registrados se transfieran mediante el consenso, aplicando aquí el sistema consensual. No obstante, estos inmuebles no registrados pueden ser incorporados al registro correspondiente si el propietario así lo quiere, y de ahí en adelante ser transferidos con la inscripción.

5. El sistema dual de transferencia de inmuebles garantizará la seguridad jurídica del propietario, ya que respecto a la oponibilidad de derechos, al aplicarse el sistema constitutivo no convalidante, se exigirá la inscripción de las transferencias, por lo que los derechos de propiedad serán eficientemente oponibles frente a terceros, desde el momento de la transferencia. Asimismo, al mantener el sistema consensual, los propietarios de inmuebles no registrados mantendrán la posibilidad de hacer oponible su derecho frente a todos aquellos que no tengan título alguno, e incluso frente a quienes cuenten con algún título pero este sea de fecha posterior.

6. Por su parte, manteniendo el sistema consensual, se garantizará la seguridad jurídica, en el sentido de permitir el ejercicio pleno de las facultades del derecho de propiedad, no limitando la facultad de disposición, pues de este modo se permitirá que aquellos propietarios de inmuebles que no estén inscritos mantengan la posibilidad de transferir su bien sin exigirles la inscripción.

PROPUESTA

Habiendo determinado en este trabajo que la implementación de un sistema dual en la transferencia de bienes inmuebles garantiza la seguridad jurídica del propietario, propongo la modificación del artículo 949 del Código Civil, siendo el texto de la propuesta el siguiente:

“La sola obligación de enajenar un inmueble no registrado determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Si se trata de un inmueble registrado, la transferencia de propiedad opera con la inscripción en el registro respectivo”.

BIBLIOGRAFÍA

MATERIALIZADA

- ✓ Alessandri Rodriguez, A., & Somarriva Undurraga, M. (1974). *Los Bienes y Los Derechos Reales*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- ✓ Alvarez Caperochipi, J. (2010). *Derecho Inmobiliario Registral*. Lima: Jurista Editores.
- ✓ Arata Solis, M. (2010). Comentarios al Artículo 2022 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo X* (págs. 448-479). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Areán, B. (2005). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ✓ Arrázola Jaramillo, F. (Junio de 2014). EL concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público*(32), 1-27.
- ✓ Avendaño Arana, F. (2008). Los defectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de propiedad. En Varios, *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi* (págs. 1121-1134). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- ✓ Avendaño Arana, F. (2010). Comentarios al Artículo 1035 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 703-706). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Avendaño Arana, F. (2010). Comentarios al Artículo 957 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 341-343). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Avendaño Arana, F. (2012). Límites convencionales de la propiedad. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 123-133). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- ✓ Avendaño Valdez, J. (Agosto de 2000). El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la reforma del Código Civil. *Folio Real*(2), 97-111.
- ✓ Avendaño Valdez, J. (2012). La propiedad en el Código Civil. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 111-121). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ✓ Avila, H. (2012). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- ✓ Bullard Gonzalez, A. (2009). *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- ✓ Bullard Gonzalez, A. (2011). Parchando el Código: La Reforma "a media caña" del Libro de Reales. *Themis*(60), 99-122.
- ✓ Cáceres Valencia, J. (1998). La seguridad jurídica que deben brindar los asientos registrales. *Derecho Registral II*, 39-52.
- ✓ Cardenas Alvarado, B. F. (2010). *El Principio de la Fe Pública Registral: Doctrina y Jurisprudencia*. Trujillo: Industria Gráfica La Libertad.
- ✓ Cárdenas Quirós, C. (Noviembre de 2000). Registros Públicos, Clasificación de los bienes y Transferencia de la propiedad. *Folio Real*(3), 11-58.
- ✓ Cuadros Villena, C. (1995). *Derechos Reales Tomo II*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- ✓ De La Puente y Lavallo, M. (2002). Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad. *Folio Real*(7), 101-116.
- ✓ De Soto, H. (2000). *El Misterio del Capital*. Lima: El Comercio S.A.
- ✓ Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1977). *Sistema de Derecho Civil* (Sexta ed., Vol. III). Madrid: Editorial Tecnos S.a.
- ✓ Fernández Cruz, G. (1994). La obligación de enajenar y el sistema de

transferencia de la propiedad inmueble. *Themis-Revista de Derecho* N°30, 149-173.

- ✓ Foy Valencia, P. (2012). Consideraciones Ambientales sobre el Derecho de Propiedad. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 245-263). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ✓ Garazatua Nuñovero, J. J. (2011). La seguridad jurídica en el sistema registral. *Fuero Registral*(7), 169-185.
- ✓ Garcia Careta, L. (2010). Comentario al artículo 926 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 187-191). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Gonzales Barrón, G. (2004). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores.
- ✓ Gonzales Barrón, G. (2011). *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Lima: Jurista Editores.
- ✓ Gonzales Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial* (Vol. I). Lima: Jurista Editores.
- ✓ Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales* (Vol. I). Lima: Jurista Editores.
- ✓ Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales* (Vol. II). Lima: Jurista Editores.
- ✓ González Linares, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial - Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores.
- ✓ Huanca Quispe, G. A. (2013). La oponibilidad de derechos reales. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 289-299.
- ✓ Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado

Ecchevarria, J., Rivero Hernandez, F., & Rams Albesa, J. (2003). *Elementos de Derecho Civil III - Derechos Reales* (Vol. Primero). Madrid: Editorial Dykinson S.L.

- ✓ López y López, A. (1994). La Titularidad Dominical. En A. López y López, & V. Montés Penadés, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* (págs. 253-282). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ✓ Maisch Von Humboldt, L. (1988). Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil - Art. 949. En C. E. Civil, *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil* (págs. 186-187). Lima: Grafotecnica.
- ✓ Martinez, V. (2003). *Manual De Derecho Registral*. Cordoba: Advocatus.
- ✓ Mesinas Montero, F., & Muro Rojo, M. (2010). Comentarios al Artículo 949 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado - Tomo V* (págs. 292-301). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Moisset De Espanes, L. (2015). *La Publicidad Registral*. Lima: SUNARP.
- ✓ Molinario, A. D. (1965). *Derecho Patrimonial y Derecho Real*. Buenos Aires: La Ley.
- ✓ Morales Godo, J. (2000). La seguridad jurídica y los principios registrales. En SUNARP, *Temas de Derecho Registral Tomo III* (págs. 419-434). Lima: Palestra Editores.
- ✓ Musto, N. J. (2000). *Derecho Reales* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- ✓ Ortecho Villena, V. J. (2010). *Seguridad Jurídica y Democrática*. Lima: Rodhas.
- ✓ Papaño, R. J., Kiper, C. M., Dillon, G. A., & Causse, J. R. (2004).

Derechos Reales (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

- ✓ Pérez Velasco, D. (s.f). *Análisis Económico de los Derechos de Propiedad*.
- ✓ Plácido Vilcachagua, A. (2010). Comentarios al Artículo 488 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo III* (págs. 282-283). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Ramírez Cruz, E. M. (2007). *Tratado de Derechos Reales* (Vol. Tomo I). Lima: Editorial Rodhas SAC.
- ✓ Ramírez Cruz, E. M. (2007). *Tratado de Derechos Reales* (Vol. Tomo II). Lima: Editorial Rodhas SAC.
- ✓ Rivera Bustamante, R. (2010). Comentario al Artículo 959 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 349-353). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Rivera Bustamante, R. (2010). Comentarios al Artículo 954 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 325-332). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Rivera Bustamante, R. (2010). Comentarios al Artículo 961 del Código Civil. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado Tomo V* (págs. 357-360). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ✓ Saborio Valverde, M. (1997). La Publicidad registral, la seguridad jurídica y los sistemas registrales inmobiliarios. En J. Sigvas Rivas, J. Vasquez Villar, J. Guillén Guillén, V. Salinas Basualdo, H. Sigvas Zamora, & H. Quispe Rodriguez, *Derecho registral y notarial (materiales de enseñanza)* (págs. 147-175). Lima: IPEF.
- ✓ Vásquez Ríos, A. (2013). *Derechos Reales - Tomo I*. Lima: Editorial San Marcos EIRL.

- ✓ Villegas Poma, E. (Marzo de 2001). La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo. *Folio Real*(4), 67-100.
- ✓ Zavala Egas, J. (Enero de 2012). Teoría de la Seguridad Jurídica. *Iuris Dicto. Revista del Colegio de Jurisprudencia*(14), 217-229.

DESMATERIALIZADA

- ✓ Aliaga Blanco, L. (Junio de 2012). *Tesis PUCP*. Obtenido de Tesis PUCP:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1666/ALIAGA_BLANCO_LUIS_DESNATURALIZACION_REGISTRO.pdf?sequence=1
- ✓ Andrade Carmona, F. (29 de Mayo de 2015). *Congreso de la República del Perú*. Obtenido de Congreso de la República del Perú:
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/0/403a7e533aa992c405257e54006473c6/\\$FILE/PL0455620150529.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/0/403a7e533aa992c405257e54006473c6/$FILE/PL0455620150529.pdf)
- ✓ Banco Mundial. (Octubre de 2006). *The World Bank*. Obtenido de The World Bank:
http://siteresources.worldbank.org/PERU/SPANISH/EXT/Resources/Notas_de_politica.pdf?resourceurlname=Notas_de_politica.pdf
- ✓ Beltrán Pacheco, J. A. (05 de Diciembre de 2011). *Repositorio PUCP*. Obtenido de Repositorio PUCP:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1095>
- ✓ Castellano, R., & Martínez Báez. (7 de Noviembre de 2005). *Ipra-Cinder*. Obtenido de Ipra-Cinder: <http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Castellano.pdf>
- ✓ Chamorro Balvín, A. (28 de Marzo de 2006). *Congreso de la República del Perú*. Obtenido de Congreso de la República del Perú:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf/PorLey/526C06C81DD47A960525714E0073AC6F/\\$FILE/14566.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf/PorLey/526C06C81DD47A960525714E0073AC6F/$FILE/14566.PDF)

- ✓ Congreso de la República. (s.f). *congreso.gob.pe*. Obtenido de congreso.gob.pe:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/33B0AD6B05EF0A40052579B5006FB709/\\$FILE/Sistema_Consensualita_de_TransmisiOn_de_la_Propiedad_Inmueble.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/33B0AD6B05EF0A40052579B5006FB709/$FILE/Sistema_Consensualita_de_TransmisiOn_de_la_Propiedad_Inmueble.pdf)
- ✓ Durand Vásquez, P. (26 de Marzo de 2012). *Congreso de la República*. Obtenido de Congreso de la República:
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/dgp/ciae.nsf/vf02web/49E1B608AE779973052579DB0057AE75/\\$FILE/INFSISTEM17.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/dgp/ciae.nsf/vf02web/49E1B608AE779973052579DB0057AE75/$FILE/INFSISTEM17.pdf)
- ✓ Escudero Robles, N. L., & La Rosa Gómez De La Torre, J. M. (2011). *Derecho USMP*. Obtenido de Derecho USMP:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/3_patrimonio_familiar.pdf
- ✓ Info Región - Agencia de Prensa Ambiental. (22 de Setiembre de 2014). *Info Región*. Obtenido de Info Región:
<http://www.inforegion.pe/189286/sunarp-hara-registro-informativo-en-el-vraem/>
- ✓ Instituto Nacional de Estadísticas e Informática - INEI. (Setiembre de 2015). *inei.gob.pe*. Obtenido de inei.gob.pe:
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1292/libro.pdf
- ✓ Jiménez Saavedra, H. (Setiembre de 2001). *Derecho y Cambio Social*. Obtenido de Derecho y Cambio Social:
<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA4/formalizar.htm>
- ✓ Ministerio de Vivienda. (2016). *Ministerio de Vivienda*. Obtenido de <http://www.vivienda.gob.pe/s-Departamental/documentos/LA%20LIBERTAD.pdf>

- ✓ Montesinos Corro, A. (23 de Setiembre de 2007). *Selecciones Jurídicas*. Obtenido de Selecciones Jurídicas: <http://seleccionesjuridicas.blogspot.pe/2007/09/los-sistemas-de-transmision-de-la.html>

- ✓ Nuñez, A. (18 de 12 de 2014). *Parthenon*. Obtenido de Parthenon: <http://www.parthenon.pe/publico/el-contrato-de-compra-venta-y-la-transferencia-de-propiedad-inmueble-como-efecto-real/>

- ✓ Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (Febrero de 2000). *www.castillofreyre.com*. Obtenido de www.castillofreyre.com: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/historia_del_sistema_frances.pdf

- ✓ Regis, A. (Noviembre de 2014). *Revista del Notariado*. Obtenido de Revista del NOTariado: <http://www.revista-notariado.org.ar/2014/11/estudio-de-la-nocion-de-opcionabilidad-en-el-derecho-inmobiliario-especial-referencia-al-proyecto-de-codigo-unico-2012/>

- ✓ Rodríguez Portal, E. (3 de Febrero de 2010). *Panamora Cajamarquino*. Obtenido de Panamora Cajamarquino: <http://www.panoramacajamarquino.com/noticia/la-transferencia-de-la-propiedad-en-el-sistema-juridico-nacional/>

- ✓ Sanchez Lopez, L. A. (21 de Agosto de 2009). *Red Docente - Uladech*. Obtenido de <http://reddocente.uladech.edu.pe/profiles/blogs/la-inseguridad-juridica-del>

- ✓ Vidal Ramos, R. (s.f). *Congreso de la República del Perú*. Obtenido de Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)

- ✓ Wolters Kluwer. (s.f). *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*. Obtenido de Guías Jurídicas Wolters Kluwer:
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc2NTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA7eh5HDUAAAA=WKE

ANEXOS