

OPONIBILIDAD DE DERECHOS REALES. Inidoneidad para probar el mejor derecho de propiedad

Gerbert Agosto HUANCA QUISPE¹

RESUMEN: El derecho de propiedad no sólo tiene implicancias dentro de los derechos reales sino también dentro de los derechos no reales, por lo que la oponibilidad erga omnes y la oponibilidad registral constituyen mecanismos de protección y de seguridad jurídica a los propietarios o a terceros, frente a la concurrencia de acreedores en relación a un mismo bien inmueble, por lo que tales mecanismos no otorgan mejor derecho propiedad sino únicamente prevalencia y prioridad.

Palabras Claves: propiedad, oponibilidad erga omnes, oponibilidad registral, concurrencia de acreedores, seguridad jurídica y publicidad registral.

ABSTRAC: *The right of property not only has implications within the real rights but also within the rights not real, so the erga omnes and opposability registration are mechanisms for the protection and legal certainty to the owners or to third parties, compared to the concurrency of creditors in relation to the same property, which means that such mechanisms do not provide better right property but only prevalence and priority.*

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano – Puno, con estudios de maestría en Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Abogado litigante en temas de su especialidad. Correo electrónico gerbert996@hotmail.com

Key Words: *property, "erga omnes, opposability registration, concurrency of creditors, legal certainty and advertising.*

SUMARIO:

- INTRODUCCIÓN
- ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD
- EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD
- SEGURIDAD JURÍDICA VS EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA EN DERECHO DE PROPIEDAD Y SUS EFECTOS ERGA OMNES
- LA Oponibilidad REGISTRAL Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO MECANISMOS DE SEGURIDAD JURÍDICA
- CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

SUMMARY:

- INTRODUCTION
- SOME CLARIFICATIONS ON THE LAW OF PROPERTY
- THE TRANSFER SYSTEM IN THE RIGHT OF PROPERTY
- SECURITY VS THE LEGAL SYSTEM OF TRANSFER OF PROPERTY LAW AND ITS EFFECTS ERGA OMNES
- THE opposability REGISTRATION AND THE REGISTRATION PUBLICITY AS SECURITY MECHANISMS LEGAL
- CONCLUSIONS
- BIBLIOGRAPHY

INTRODUCCIÓN: Las relaciones y situaciones jurídicas² se regulan en función a intereses personales e intereses colectivos, primando este último sobre el primero, con el transcurso de los años, requieren ser regulados con mayor eficacia y por consiguiente todo ordenamiento jurídico tiene la obligación de otorgarle seguridad jurídica.

Todo ser humano por su misma naturaleza tiene la necesidad de establecerse en un determinado lugar, como consecuencia inmediata, comienza adquiriendo toda clase de bienes que le sea útil para su existencia, por lo que en adelante seguirá adquiriendo cosas, bienes mientras transcurra el tiempo y se origine nuevas necesidades más cuando la persona tenga mejores posibilidades económicas. Como es de advertirse, así se producen las transacciones comerciales, y estos no tienen únicamente implicancias económicas sino también jurídicas, por constituirse estos hechos en contratos de compra venta que requieren ser protegidas, amparadas por nuestro ordenamiento jurídico, que en la mayoría de los casos se celebran sin prever las consecuencias de las mismas, es una de las razones por las que con frecuencia existe concurrencia de derechos reales u otros de distinta naturaleza sobre un mismo bien inmueble.

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD.-

Dentro del Derecho Civil Patrimonial, uno de los temas con mayor relevancia jurídica y de interés no sólo económico sino de orden social, es el tema del

² Por *situación jurídica* entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Son situaciones jurídicas las de padre, hijo, marido, profesor, ministro de Estado, etc. En tanto por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes, la de padre e hijo, y así sucesivamente. Rubio Correa, Marcial. Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen III, "Título Preliminar", sexta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Pág. 203.

derecho de propiedad, puesto que se va incrementando el tráfico inmobiliario por la misma sobrepoblación mundial³. La humanidad empezó, la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de todos los bienes, las cosas que los tenía a su alrededor, configurándose así, la **posesión y la propiedad**, pero como consecuencia inmediata se empezó a generar algunos problemas, como no respetar las propiedades privadas, entonces se acordaron organizarse en sociedad y Estados con la finalidad de preservar su vida, libertades y propiedades, siendo más adelante, la manera cómo nace el Estado mediante un “**contrato social**”⁴.

De tal forma, originariamente la propiedad fue comunal⁵ donde el grupo, al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultiva, consolida una situación de hecho denominada “**posesión**”, en la cual la ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra determina el derecho del poseedor. Justamente, en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad inmobiliaria, es decir con la posesión directa y pública se adquiría una situación de relación directa entre el hombre y el bien.

La propiedad privada no ha existido siempre, como tampoco lo han sido las clases sociales, el Estado, la división del trabajo, etc. La aparición de la propiedad privada está íntimamente ligada a la de estos fenómenos⁶. Inicialmente, las tierras eran de propiedad de la **tribu**⁷, donde se dividen entre todas las familias que la integran asignándose terrenos o parcelas temporalmente, dicha división de las tierras en familias posteriormente adquiere permanencia, entonces surge la propiedad familiar que luego se convierte en hereditaria y autónoma.

³ Además del crecimiento económico que actualmente el Perú vive. Según el Fondo Monetario Internacional el Perú seguirá siendo el país de mayor **crecimiento económico** de **Latinoamérica** al menos hasta el **2015**. <http://elcomercio.pe/economia/487533/noticia-fmi-liderara-crecimiento-economico-latinoamerica-hasta-2015>

⁴ Es un acuerdo realizado en el interior de un grupo por sus miembros, como el caso entre el Estado y sus miembros en relación a los derechos y deberes. Se parte de la idea de que todos los miembros del grupo están de acuerdo por voluntad propia con el contrato social, en virtud de lo cual admiten la existencia de una autoridad, de unas normas morales y leyes, a las que se someten.

⁵ Asumimos que el derecho de propiedad se inicia con la posesión de los bienes y estos de manera colectiva, dependiendo de organización de cada cultura primitiva.

⁶ Eugenio María Ramírez Cruz “Tratado de Derechos Reales, Tomo II” Segunda Edición, Abril del 2003. Editorial Rodhas. Pág. 17.

⁷ Del latín tribus, una **tribu** es un grupo social cuyos integrantes comparten un mismo origen y ciertas costumbres y tradiciones.

En el mundo contemporáneo, se presenta la escasez de materias primas y recursos naturales, lo que genera la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quién mejor administren. *De esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá, y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un marco institucional que le permita solicitar tutela y protección*⁸. Por tanto mientras no existan medios, mecanismos, instituciones, etc. que garanticen la inversión en una actividad el derecho de propiedad se ve a todas luces desprotegida.

Sin embargo no es para menos resaltar el derecho de propiedad en Roma, que se desarrolló en función a su expansión en conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y dárselas a particulares, y estos hacer el pago de una tasa anual. Tal situación de hecho, se denomina **“posesio”**, donde paulatinamente el Estado atribuye un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación. Posteriormente hablamos de **“dominio ex jure quiritum” o propiedad quiritaria**⁹ que manifestaba la propiedad con carácter de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. En segundo lugar, existía un tipo de propiedad inferior a la quiritaria para los extranjeros denominada **in bonis o propiedad provincial, pretoriana o peregrina**.

La propiedad quiritaria, como se ha dicho, solamente podía obtenerse (o transferirse) a través de formalidades o procedimientos esenciales establecidos

⁸ *“En un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará cuando el maíz esté listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y si que pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de los integrantes de la sociedad”*: BULLARD, Alfredo. “Un mundo sin propiedad” En. Estudios de Análisis Económico, Pág. 76.

⁹ En roma, la única propiedad conocida por los romanos era la propiedad quiritaria que se le denominaba, "dominium ex iure quiritium", por estar sancionada por el derecho civil, requiriéndose para ser propietario:

- Que se tratara de una cosa mancipi.
- Que el propietario fura ciudadano romano.
- Que el dominio se hubiera adquirido por "mancipatio" o por "in jure cessio".

por el derecho civil, a saber: a) que propietario fuera ciudadano romano¹⁰, b) que fuera a través del procedimiento especial de la mancipio o el rito especial in iure cessio, y no por mera tradición (de lo contrario era propiedad in bonis), c) que fuera una res mancipio, ...¹¹ ambas formas de propiedades se distinguen en los modos de adquirirlas. *La “mancipatio” fue un acto formal de adquisición de propiedad celebrado en presencia de un mínimo de 5 testigos, que implicaba la presencia de un objeto que represente el bien materia de contrato y un pedazo de cobre, el cual simbolizaba el pago a todo ello y debían pronunciarse fórmulas rituales a fin que se entendiese materializada la adquisición. Por otro lado, tenemos la “in iure cessio”, un acto formal de adquisición que se celebraba en presencia del pretor¹² e implicaba una reivindicación simulada, en la que el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenamiento se allanaba a ello.*

Tanto la “mancipatio” como la “in iure cessio” eran utilizados por los ciudadanos romanos, mientras los extranjeros, al no poder utilizar ninguno de estos modos, el pretor, con el fin que puedan adquirir la propiedad inmobiliaria, dio valor legal a la tradición.

Sin embargo, el concepto de propiedad inmobiliaria evoluciona al desaparecer el concepto que existía en Roma respecto a la persona y a la cosa cuando el emperador romano **Marco Aurelio Antonino Basiano**¹³ declara como

¹⁰ En roma se entendía por ciudadano a aquel hombre nacido en la urbe (hijo de padres romanos), lo que excluía a los extranjeros, a los esclavos, entre otros, quienes no eran considerados ciudadanos. Esto operaba también en Grecia, donde se protegía a los ciudadanos (principalmente en Atenas), pero se excluía a los metecos (extranjeros), a los esclavos, etc.

¹¹ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María “Tratado de derechos reales” TOMO II, Editorial Rodhas, 2da Edición Abril del 2003. Pág. 24.

¹² Un **pretor** (del latín *Prætor*) era un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de cónsul. Su función principal era la de **administrar justicia** en la fase in iure, conceder interdictos y restituciones in integrum y otras funciones judiciales. Este cargo, llamado *pretura*, fue creado en el año 367 a. C. y abierto desde el principio a los plebeyos. Desde su creación hasta el año 241 a. C. solo existió uno en Roma, encargado de la organización de los procesos, con posterioridad se creó otro para proteger a los peregrinos. Su número fue creciendo a la par que Roma iba conquistando nuevos territorios, pero a pesar del número de pretores, esta magistratura no estaba colegiada, ya que todos no tenían las mismas competencias y estas eran sorteadas.

¹³ Nació el 4 de abril de 188 en Lugdunum, en la Galia (hoy Lyon, en Francia). Su nombre fue el de Marco Aurelio Antonino Basiano, aunque se ganó el apodo al introducir en la moda romana una capa larga o túnica propia de la Galia, llamada la caracalla. Hijo del emperador Lucio Séptimo Severo que falleció en el 211, convirtiéndose Caracalla en emperador, junto con su hermano menor, Publio Séptimo Geta. En el 212, fue único emperador, tras mandar asesinar a Geta (que fallecería entre los brazos de su madre, Julia Domna) y acabar con varios miles de sus seguidores. Fue cruel y extravagante, aunque también promulgó el edicto que concedió el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (Edicto de Caracalla, también conocido como Constitución Antonina, dictado en el 212, que igualaba a los ciudadanos bajo la suprema autoridad imperial. Mandó construir en Roma las famosas y extraordinarias termas que llevan su nombre. Su política exterior se basó en la consolidación fronteriza por lo que se realizaron dos campañas en el Danubio y se emprendió la guerra contra los partos. El jefe de la Guardia Pretoriana (prefecto del Pretorio) Marco Opeio Macrino le asesinó en Mesopotamia y le sucedió como emperador.

ciudadanos romanos a todos los súbditos del Imperio. Con Justiniano se sustituye los modos de adquisición que hemos mencionado por la **traditio** que consistía en la entrega física del bien que se enajenaba, la misma que se daba de común acuerdo entre el que lo entregaba (*tradens*) y el que lo recibía (*accipiens*). Podemos apreciar que en Roma, la propiedad inmueble tuvo un ritmo evolutivo partiendo de una forma comunitaria y familiar hasta llegar a ser individual, donde el grado superior de la propiedad inmobiliaria se consagra en las **Doce Tablas**¹⁴ que la tipifica como un derecho individual. Además de tener sus facultades el propietario como las *ius utendi*, *ius fruendi* y *el ius abutendi*, donde el propietario tenía poder exclusivo y absoluto, perpetuidad y derecho de transmitir el bien por herencia, pero los romanos tenían ciertas limitaciones hacia estos tres efectos como, derechos de usufructo, uso y habitación, condominio e incluso, por cuestiones de interés y uso público como caminos, servidumbres, construcción de obras, relaciones de vecindad, entre otros.

Resulta difícil desarrollar un concepto único respecto al **derecho de propiedad**¹⁵ debido a que este tema ha sido siempre objeto de interminables y acalorados debates. Sobre la definición de la propiedad privada existen dos grandes corrientes en el derecho comparado. La primera, originaria del Código Civil Francés¹⁶, por la cual se define a la propiedad mediante la individualización de cada uno de los poderes o facultades. La segunda originaria del Código Civil Alemán¹⁷, por el cual se define a la propiedad como síntesis de poderes, sin un contenido precisable. La cuestión no es meramente dogmática y puede traer importantes consecuencias de orden práctico, sin contar el elemento histórico subyacente en cada una de estas perspectivas¹⁸.

¹⁴ Las XII Tablas se basan en los principios como:

- La salvaguarda del patrimonio.
- La autoridad del "pater familias" como único titular de derecho.
- La fijación de castigos para las infracciones.

¹⁵ Por la característica y su importante económica y social dentro del sistema jurídico peruano.

¹⁶ Art. 544 CODE: "Es el derecho de gozar y de disponer las cosas de manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos"

¹⁷ Art. 903 BGB: "El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión"

¹⁸ En el Código Civil Francés se produce una mezcla entre el antiguo régimen y el derecho nuevo. El antiguo régimen se manifiesta en la definición de la propiedad como **suma** de facultades (uso y disfrute), recordando así a la propiedad feudal como pertinencias. El derecho nuevo se advierte en la definición de propiedad como un derecho único (abstracto), aplicable a todo tipo de cosas son la multiplicidad de formas dominicales presentes en el régimen feudal. Por el contrario, en el Código Civil Alemán repugna toda definición de contenido, y su abstracción es total. La propiedad se entiende como un poder supremo de cualidad diversa a la suma de poderes, ya que los compendia a todos y los supera: GROSSI. Op. Cit., Pág. 124-130.

El derecho también cumple una función social que básicamente es más que una limitación o una carga que se le impone a ésta desde afuera, pues pasa a constituirse en un elemento esencial de lo que le toca al propietario y, en tal sentido, entra a formar parte integrante del derecho de propiedad, conforme al concepto moderno. Hoy día la propiedad es a un tiempo derecho y deber (...)¹⁹, términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que la misma permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos²⁰ para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien.²¹ Por otro lado nuestra constitución política reconoce el derecho “a” la propiedad privada en el artículo 2 Inc. 16, como un derecho fundamental. De suerte que la delimitación de su contenido correrá a cargo de las leyes ordinarias, teniendo en cuenta en algunos casos el *bien común*, si bien se ha eliminado la alusión al carácter social. Estas leyes no podrán disminuir su contenido esencial, pues caería dentro del ámbito inconstitucional²². Por lo que podemos definir a la propiedad como el derecho real por excelencia, puesto que se trata de un poder otorgado a un individuo por un ordenamiento jurídico sobre una determinada cosa, con las limitaciones establecidas en las leyes basadas en interés y uso público.

Las funciones a las que está llamado a cumplir un sistema de derechos de propiedad presuponen —como bien anota Torres López— que el mismo cuente con tres características:²³

- **Universalidad;** todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás.

¹⁹ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María “Tratado de derechos reales” TOMO II, Editorial Rodhas, 2da Edición Abril del 2003. Pág. 63.

²⁰ En tal sentido, Sergio Salinas Rivas comenta que la definición de los derechos de propiedad es lo que finalmente hace que los individuos optimicen la inversión en la conservación y explotación de un bien, pues permite concentrar en un solo individuo los beneficios y costos derivados de dicha inversión. (SALINAS RIVAS, Sergio. *Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico*. En: *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 14, junio 1997, p. 216).

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas*, año XIV, n.º 29, p. 100.

²² RAMIREZ CRUZ, Eugenio María “Tratado de derechos reales” TOMO II, Editorial Rodhas, 2da Edición Abril del 2003. Pág. 72.

²³ Citado por BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». En: *Derecho y Economía*. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003, pp. 148 y 149.

- **Exclusividad;** lo que significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

Bullard destaca que este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter *erga omnes*, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás 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.²⁴

- **Transferibilidad;** se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Además algunos autores señalan que el derecho de propiedad es un derecho real, absoluto, elástico²⁵, exclusivo e incluyente (excluye a terceros y se produce el efecto erga omnes) además de ser tendiente a ser perpetuo.

EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD.-

En relación a la transferencia de bienes inmuebles, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos dos grandes sistemas de transferencia que uno

²⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Los sistemas de transferencia de propiedad. Op. cit.*, p. 149.

²⁵ La propiedad es un derecho elástico en un doble sentido, pues por un lado, no dejará de ser tal derecho por más que los atributos (goce, disposición) estén momentáneamente reducidos y constreñidos, pero por otro tiene la virtualidad de recuperar su plenitud tan pronto cese la causa limitativa. Ramírez Cruz, Eugenio María "Tratado de Derechos Reales, Tomo II" Segunda Edición, Abril 2003, Pág. 109.

de ellos es el sistema de unidad de contrato (sistema espiritualista, consensual o francés) y el sistema de separación de contratos (alemán o del título y modo).

El primer sistema sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisiva de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida, donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de la propiedad no requiriéndose acto complementario. La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, en la circulación de los bienes y al respecto algunos autores señalan que este sistema permite mayor tráfico inmobiliario, dicho sistema tiene su origen en el Código Francés de 1804.

Por otro lado tenemos el sistema de la doble causa (sistema del título y modo) en el que se exige de un acto de reconocibilidad social que permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente y paralelamente permita acceder a la publicidad de los demás. Éste sistema incluye a las teorías de la "yuxtaposición del título y el modo o sistema romano" y al "del sistema registral constitutivo no convalidante". Por lo que este sistema entiende por el título al contrato de compra venta y al modo a la tradición.

La transferencia de bienes, según nuestro Código Civil de 1852, estuvo regulado, en el Libro Tercero, de las obligaciones y contratos, sección segunda; de los contratos consensuales, título primero, legislaba el contrato de compra venta definiéndolo en su **Art. 1305**²⁶ y estableciendo el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes y en tanto en el **Art. 1308**²⁷ se señalaba que en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y el pago del precio. Ello nos permite advertir que el contrato de compra venta en bienes muebles e inmuebles era consensual también la transferencia de la propiedad, además de la redacción del Art. 1308 se deduce que aun no se hizo distinciones entre cosa, bien o bienes muebles o inmuebles.

Podemos entonces señalar, que el código civil peruano de 1852 seguía el modelo francés. Además, conviene aclarar a la fecha de entrada vigencia del

²⁶ La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede hacer por escritura pública, por privada, por cartas, de palabra, por si mismo, o por medio de apoderado.

²⁷ En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio.

Código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código Civil francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por el cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoleón²⁸. Al respecto es necesario resaltar la postura de Manuel Augusto Olaechea²⁹ en el que ya hablaba de una clasificación de bienes registrados y no registrables.

²⁸ "La Transferencia de Propiedad en el Perú" (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Número 30, correspondiente a enero-diciembre de 1999. Publicado en noviembre del 2000, Páginas 149.

²⁹ A continuación transcribimos, algunos pasajes del Memorándum de Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad. Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, p. 3-8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

«Señores:

Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si respecto de las cosas muebles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

(...)

En Derecho Romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.

El Código francés presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita; y como consecuencia de este sistema exageradamente espiritualista, la convención pone desde luego los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento de las partes.

El sistema adoptado por el Código Napoleón no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos.

El Código Italiano (se refiere Olaechea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.

El Código argentino —artículo 577— establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real.

(...)

El Código del Brasil establece, continuando sobre el particular las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.

Como hemos manifestado antes, en Derecho Romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, *jus ad rem* y no *jus in re*.

La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 26 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.

El sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

Los derechos y obligaciones son relaciones entre individuo e individuo, que no afectan a terceros, al paso que los derechos reales existen *erga omnes*, y aquel a quien pertenecen puede ejercerlos contra cualquiera.

El sistema de la tradición implantado por el Código Argentino y por el Español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

Es preferible indudablemente el sistema de la inscripción. La transmisión de los derechos reales no se efectúa, o no tiene efecto respecto de terceros, sino cuando el acto jurídico ha sido debidamente inscrito en el Registro.

La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán —dice Valverde— se explica dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.

Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y

En la misma orientación el Código Civil de 1936, Libro Quinto de la sección segunda, Del derecho de las obligaciones relativas a las obligaciones y sus modalidades. Incluía en su Art. 1172³⁰, por el que ratificaba el principio del artículo 1308 del código civil de 1852 la diferencia es que en el código de 1936 regula de manera exclusiva para los bienes inmuebles. En relación a la transferencia de bienes inmuebles, en el acta de la Comisión correspondiente a la 120 sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó su ya famoso memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto al sistema francés (con reforma introducida por ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que se los sistemas argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revertir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto³¹.

En la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, Solf y Muro presentó un memorándum a la Comisión, en la que resaltaba las ventajas del sistema del

seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.

Después de estos antecedentes, emito mi parecer en los siguientes términos, que someto a mis ilustrados colegas de Comisión.

- Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición.

Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del Código Civil vigente.

- Respecto de los inmuebles, mantengo el sistema francés contemporáneo, que es el vigente en el Perú, desde 1888, en que se dictó la ley sobre Registro de la Propiedad Inmueble.

Reconozco —claro está— los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a la manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable. Carecemos aún del Registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma.

Magdalena del Mar, 11 de Agosto de 1925

M.A. Olaechea».

³⁰ Artículo 1172.- La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

³¹ *Ibidem* pág. 150.

Registro de la Propiedad, en ella resume su posición³² ³³, la misma que consideramos como un importante aporte dentro de nuestro sistema de transferencia.

En esa misma sesión, Pedro M. Oliverira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que sea posible hacerlo ³⁴ que:

Urge civilizar al país, y uno de los medios en dotarlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las reglas jurídicas.

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf y Muro señalo³⁵ que el principio de la inscripción en el Registro como condición indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativa y doctrinarias que lo conduzcan a proponer a la comisión³⁶ rechazar la fórmula alemana y suiza –a pesar de considerar superior la primera sobre la segunda. Y optar por la brasileña.

³² Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. 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.

Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras, no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o reglas semejantes a las que contienen en nuestro Código Civil.

La Innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema de torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24876 urbanos, 21 398 rústicos y 3041 minas, según estadística llevada en el Registro del Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la construcción de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el derecho romano, a la manera que lo hace el Código Chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por el sólo consentimiento, éste es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea

³³ COMISION REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, Actas de sesiones. Fascículo quinto, pág. 19 y 20. Lima Imprenta Castillón. 1928.

³⁴ COMISION REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, Actas de sesiones. Fascículo quinto, pág. 34.

³⁵ *Ibidem*, Pág. 34

³⁶ *Ibidem*, Pág. 41

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José CALLE³⁷ presentó por escrito sus apreciaciones sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro y concordaba con la posición de Olaechea³⁸. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de las inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo su inclusión en el proyecto de debate³⁹. La creación de este registro únicamente convirtió en declarativo mas no en constitutivo el derecho de propiedad, razón por la cual por la sólo obligación de enajenar se transmitía la propiedad. Esta postura que adoptaba el sistema peruano para Juan José Calle era la más apropiada y acorde a la realidad peruana.

Tras varios debates, la Comisión encargada de la elaboración del Código Civil de 1936 decide mantener el sistema espiritualista. Así, en dicho cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía que *«La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario»*.

En tanto nuestro Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Sub-Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículos 947⁴⁰ y 949⁴¹.

³⁷ **Juan Jose Calle**, Lampeño, Lampa, **Jurista**, Puneño llegó a ocupar el cargo de Fiscal Supremo.

³⁸ Manuel Augusto OLAECHEA y OLAECHEA, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, logró graduarse a los 19 años. Conforme a las leyes vigentes de la época no podía ejercer su profesión razón por la cual su padre Dr. Manuel Pablo Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para que continúe sus estudios en derecho con los mejores juristas de Paris- Francia.

³⁹ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUNANO, Op. Cit. Fascículo quinto, Pág. 57.

⁴⁰ **Artículo 947.**— «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente». Este artículo trata de la transferencia en bienes muebles que también voces sobre la modificación y que su sistema de inscripción sea también constitutivo y sea modificado el artículo pertinente.

⁴¹ **Artículo 949.**— «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Ahora propiamente nos centraremos en lo establecido por el Art. 949 del Código Civil, refiere que la sola obligación de enajenar un bien inmueble hace propietario a su acreedor, por lo que se entiende que no exige ninguna forma o complemento para el cumplimiento de la ejecución de prestación, por lo que aparentemente sólo con la celebración del contrato (escrito o verbal) automáticamente se genera la obligación de ejecución por consiguiente el cumplimiento del mismo. Dejándose vacío la forma o el modo de ejecución. Nuestro actual ordenamiento jurídico adoptó el sistema romano-germánico, y en el derecho romano el sistema de transferencia exigía la *traditio*, en nuestro código civil no exige, para el caso de bienes inmuebles tal condición sino el efecto traslativo del dominio es automático.

Sin embargo algunos autores señalan que el título y el modo se encuentran en la regulación Art. 949 del C.C.⁴² Nuestra realidad nos muestra que la regulación del artículo antes referido *per sé* no es el más adecuado ni eficiente, dado que la obligación no se puede extinguirse en el momento en que nace, pues la obligación entendida en su conceptualización histórica no puede prescindir de la conducta fáctica (positiva o negativa) con el objeto de cumplir la prestación objeto de la obligación (en el presente caso la transferencia del bien inmueble).

Gastón Fernández señala que un sistema de transferencia debe permitir “el consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar –en un sistema jurídico dado– las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza, reducir o eliminación de riesgo de un *nom domino*”⁴³, además Alfredo Bullard Gonzáles también se muestra de acuerdo con tal postura y señala:

⁴² Al respecto ver Felipe Osterling Parodi. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del C.C. Lima, 1985. pág. 293. Además también Mario Castillo Freyre en su obra “La Transferencia de la Propiedad Inmobiliaria en el Perú y la Seguridad Jurídica” Palestra Editores Primera Edición. Lima, enero del 2007. Pág. 70 señala: En nuestra sociedad es costoso hablar de registro, por lo que pretender imponerlo puede evitar que los bienes circulen y la riqueza fluya, en especial si, para colmo, esa imposición fuese indirecta, a partir de una norma que no garantiza la seguridad jurídica sino que crearía una situación paralela e informal.

⁴³ Fernández Cruz, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Themis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Época, n.º 30, 1994, p. 151.

- Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el Derecho positivo, de modo que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivadas del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.

-Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Solo a partir de que el adquirente reciba la facultad plena de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

- Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente a quien goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y por tanto, su decisión debe basarse en determinados criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del Derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien) y de un relativo bajo coste en relación con el valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad, 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”.

Es cierto que el consenso como principio translativo permite que se genere más rápido y en mayor cantidad la riqueza inmobiliaria pero ¿que trae ello consigo?; al ser el acuerdo lo único que valida la transferencia, dicha riqueza resulta efímera en cuanto no es totalmente seguro que lo adquirido se haya adquirido definitivamente y por lo tanto termina siendo un empobrecimiento, pues lo gastado para adquirir el bien se perderá. Ello sucede en los casos de adquisición de un *non domino* (un no propietario, un simple poseedor, un tenedor, un poseedor precario, un servidor de la posesión, un estafador, un

aparente poseedor, o cualquier individuo que pretenda aprovecharse de quien quiere adquirir)⁴⁴, tales supuestos sin duda, se produce con frecuencia, lo adquirido se constituye en una simple riqueza, patrimonio sujeta a la suerte, que en adelante, se busca, que no nos veamos afectados con ninguna nulidad del contrato por el se adquirió el bien inmueble o éste bien se encuentre sujeto a gravámenes que no conocíamos en su oportunidad, más cuando la seguridad jurídica está sujeto a los ingresos económicos de cada familia. Ello implica que tenemos un sistema de transferencia de bienes inmuebles no publicístico en consecuencia no permite excluir a tercero y ello a todas luces no incentiva el libre intercambio de bienes, dejándose así de lado uno de las funciones modernas del Derecho, que es la de brindar seguridad jurídica a los propietarios de un bien inmueble. Nuestro actual sistema de transferencia, siendo así no permite mayor tráfico inmobiliario, sino únicamente permite la existencia con mayor frecuencia de Inseguridad Jurídica, principalmente a los ciudadanos de escasos recursos económicos.

SEGURIDAD JURÍDICA Y EL EFECTO ERGA OMNES EN LA TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES

La seguridad jurídica objetiva consiste saber que el derecho que conocemos nos protege nuestro interés objetivo, (vida, propiedad, y libertad) y a que nos concede, por ello también, un margen de tranquilidad psicológica, que es en lo que, estrictamente consiste el valor de la seguridad jurídica estrictamente. En relación a lo mencionado por su parte Álvarez González señala: *Tenemos seguridad jurídica, sólo, si el derecho que conocemos protege, también, nuestro interés, y no sólo por el mero hecho de conocer bien un Derecho, de estar seguros de lo que éste dice. Por lo que podemos decir también, entonces, que tenemos, o no, seguridad jurídica; y no que hay, o no hay, seguridad jurídica, pues lo mismo que la hay, siempre, para unos, no la hay, o la hay más limitada, siempre también, para otros*⁴⁵.

⁴⁴ De la Puente y Lavalle, mencionado por Max Arias Schreiber Pezet en "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo III, Lima 2000

⁴⁵ Norberto Álvarez González "Aspectos Metajurídicos de la Seguridad Jurídica (Síntesis de una visión crítica)" Pág. 01-02.

El Tribunal Constitucional *sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución*. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad⁴⁶. En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, ha sido cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral. Con esta premisa, y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además es necesario también señalar, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren⁴⁷. Por ello podemos señalar que seguridad jurídica, aunque no se encuentre expresamente regulada en la constitución, se desprende que es un derecho fundamental de todo ciudadano y elemento consustancial del Estado de Derecho Constitucional.

La seguridad es uno de los grandes fines del derecho; seguridad que exige certidumbre y dicha certidumbre otorga los registros públicos. Además la doctrina hace distinción entre la seguridad jurídica estática y dinámica. Se ha

⁴⁶ En el Expediente N.º 016-2002-AI/TC.

⁴⁷ (Exp. 04-1997-AI/TC).

señalado en muchas oportunidades que el derecho debe defender, por una parte, la llamada seguridad estática, es decir proteger al derecho habiente, o a la relación que existe entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que inmiscuyen en esa relación; y, por otra parte la seguridad dinámica, o de tráfico, procurando brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de riqueza, aspecto este último que se proyecta en dos vertientes: Los acreedores del enajenante, que contaban con el patrimonio de ese sujeto como garantía de sus créditos y no deben burlados por enajenaciones fraudulentas; y los adquirentes, no deben estar expuestos a sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado o embargado⁴⁸.

Muchos de los que cuestionan la posibilidad de que el contrato pueda generar efectos reales se basan en que los contratos no pueden generar nunca efectos absolutos, ya que sus efectos sólo son oponibles inter partes⁴⁹. *Esta manera de visualizar los efectos del contrato tiene su base en la antiquísima clasificación de los derechos subjetivos que los distingue entre absolutos y relativos. Pero en realidad no pueden hacer valer frente a cualquier persona y que son relativos aquellos otros que, por el contrario, sólo pueden oponerse frente a ciertos sujetos. Pero, dicha manera de clasificar a los derechos subjetivos ha sido sólidamente cuestionada por un sector muy autorizado de la moderna doctrina*⁵⁰.

⁴⁸ Conf. Juan VALLET DE GOYTISOLO, Op. Cit., pág. 225 quien nos habla de la existencia de “dos intereses dinámicos: el del crédito y el del comercio propiamente dicho. Un adquirente de cosa mueble frente a un acreedor a quién se ha garantizado con esta misma cosa la satisfacción de su crédito”

⁴⁹ ORTEGA PIANA, Marco. op. cit. p. 34: “(...) resulta elemental destacar que todo contrato sólo surte efectos entre las partes y, por ende, no compromete a terceros”.

⁵⁰ Las palabras que ha continuación se citan son un presagio de nuestra conclusión sobre este punto: ESCOBAR ROZAS, Freddy. La Estructura de la Obligación. Tesis para optar el título profesional de abogado. Escuela de Graduados de la PUCP. Lima. 1997. III. 3.2: “(...) la distinción entre unos derechos que pueden ser opuestos a todos los individuos y otros que pueden ser opuestos a algunos resulta, a estas alturas del discurso dogmático, caduca. En efecto, partiendo de la consideración de que todos los derechos subjetivos no constituyen otra cosa que medios de realización o satisfacción de intereses, no es posible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelven, tal como lo quería la doctrina clásica; pues debido a que tales intereses se ubican en un plano de convivencia, es absolutamente posible que cualquier tercero provoque su lesión, de donde se deduce la necesidad de que todos los derechos subjetivos puedan ser opuestos a cuanto individuo esté en aptitud potencial de lesionarlos”

En efecto, desde un inicio dicha clasificación no fue unánimemente admitida en la doctrina, ya que se ponía continuamente en duda la existencia de derechos subjetivos que carezcan de relevancia general. Siendo así, un sector importante-aunque también minoritario- de autores europeos a inicios del siglo pasado intentaron, en base a diversas concepciones acerca del derecho subjetivo, hacer caer la mentada clasificación⁵¹. En nuestro sistema jurídico peruano, entiende que el efecto erga omnes, se produce con la sola celebración de un contrato, pero que en realidad que nuestro criterio, no siempre tiene eficacia práctica y su eficacia muchas veces termina desvaneciéndose frente a la oponibilidad registral.

LA OponIBILIDAD REGISTRAL Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO MECANISMOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica tiene a la publicidad como uno de los instrumentos que garantiza su eficacia a través de efecto *erga omnes*. La *cognoscibilidad general* es un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidades en el derecho⁵²; siendo que, a diferencia de la posesión, la publicidad registral constituye un mecanismo más eficiente para oponer derechos. Sin embargo, no podría considerarse a la registral como última fase de desarrollo de la publicidad. A decir de Tirso Carretero *“de tiempo en tiempo la publicidad (...) sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse (...)”*, para luego resurgir remozada, acomodada a los nuevos requerimientos sociales, muchas veces reforzada *“para vengarse del periodo de loca clandestinidad”*.⁵³ La inscripción registral, nos permite no sólo con facilidad informarnos sobre la real situación jurídica del bien inmueble

⁵¹ Ver las interesantísimas líneas de: BUSNELLI, Francesco Donato. *La Lesione del Credito da Parte di Terzi*. Giuffrè Editore. Milano. 1963. pp. 7 y ss.

⁵² AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. “La teoría de la publicidad registral y su evolución”. (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como académico de número y contestación de Luis Díez- Picazo y Ponce de León). Madrid- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, p. 27. Refiriéndose a los derechos reales, señala el autor que “la absolutividad o eficacia erga omnes de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible”.

⁵³ OLIVA, Antonio. “Retorno a los Principios Hipotecarios”. En: “Libro homenaje a José María Chico y Ortiz”. Madrid - Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, p. 685.

inscrito sino también nos permite que terceros, a través del efecto erga omnes, respeten nuestro derecho de propiedad. La inscripción registral no acredita la titularidad del bien inscrito y menos que dicho bien inscrito corresponde al área o perímetro que se indica en la inscripción más cuando nuestro sistema registral es declarativo.

La moderna doctrina distingue entre *Registros de Seguridad Jurídica* y *Registros de Información Administrativa*.⁵⁴ Los *Registros de Seguridad Jurídica* presentan como características esenciales la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y *cognoscibilidad general*.

A su vez, los *Registros de Información Administrativa* constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc. Es decir, todo *Registro de Seguridad Jurídica* se distingue por su publicidad y eficacia sustantiva, es decir, por la oponibilidad de las situaciones jurídicas que publicita, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral.⁵⁵ Asimismo, esta exteriorización no se agota en un solo acto sino que permanece en el tiempo y sirve de sustento a aquellos que pretenden acceder al Registro; siendo que, en tanto se encuentre vigente el asiento registral surte plenos efectos legales.⁵⁶

En la “Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil”, a fin de sustentar la necesidad de la regulación de la publicidad formal, se argumenta que el artículo 2012 sólo “encierra (...) un aspecto parcial de la publicidad”, al establecer este dispositivo una ficción legal cuya aplicación aislada sin otorgar la posibilidad efectiva de acceso al Registro “implicaría un grave problema,

⁵⁴ LEYVA, J.A. “Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos”, En: “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario” del “Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”. Madrid, N° 591, marzo - abril 1989, p. 298.

⁵⁵ CHICO Y ORTIZ, José María. “Estudios de Derecho Hipotecario”, Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994. El autor distingue entre registros que generan “publicidad efecto” y “publicidad noticia”.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” (Vol. III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión). Madrid - Editorial Civitas SA., 1995 p. 509. El autor sostiene que los asientos no se extinguen, ni desaparecen, sino que pierden vigencia, permaneciendo como dato histórico para el estudio de la partida registral. Véase además, CANO TELLO, Celestino. “Manual de Derecho Hipotecario”. Madrid - Editorial Civitas S.A., 1992, p. 58 y LACRUZ BERDEJO, José y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA. “Derecho Inmobiliario Registral” (Elementos de Derecho Civil, III bis), Barcelona - José María Bosch Editor, S.A., 1991, p. 87.

*referido al hecho de que las personas no puedan materialmente conocer aquello que la ley presume de su conocimiento”.*⁵⁷

En ese mismo sentido, Orihuela Iberico expresa que *“para que funcione adecuadamente este precepto (artículo 2012), los reglamentos especiales (...) deberán ser sumamente severos (sobre) la forma en que esta publicidad se lleve a cabo” y que los mismos “deberán prever sanciones en caso de certificados y copias fraudulentas, en las que se desnaturalice el contenido de los asientos registrales o se empleen fórmulas vagas o ambiguas, así como la negligencia o culpa por su demora al expedirlas(...).”*⁵⁸⁵⁹

En efecto, el actual Reglamento ha optado por la prevalencia del asiento registral sobre el título archivado, tal como puede apreciarse de su Título Preliminar; así, tratándose de los alcances de la calificación registral⁶⁰ el artículo V establece que la misma se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y *“complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro”*⁶¹; igualmente, en materia de legitimación registral, el artículo VII dispone que *“los asientos registrales se presumen exactos y válidos”*; asimismo, respecto de la fe pública registral, el artículo VIII señala que *“la inexactitud de los asientos registrales (...) del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”*; igualmente, en materia de rectificación, el artículo 86 del mismo Reglamento señala que ella *“surtirá efecto desde la fecha de la presentación*

⁵⁷ “Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984”. Separata especial, publicado en el diario oficial “El Peruano”, Julio 1989, p. 15.

⁵⁸ ORIHUELA IBERICO, Jorge. “Comentarios al Libro de Registros Públicos” (Colaboradores: Manuel Reátegui y Nelly Calderón), En: “Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil” (Compiladora: Delia Revoredo). T. VI, p. 841.

⁵⁹ Artículo 138 del Reglamento.- “En caso que el Registrador o Certificador debidamente autorizado, respectivo retarde o deniegue indebidamente la expedición de los certificados o manifestación de los libros, títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las Oficinas Registrales, los interesados podrán formular su reclamo ante el Gerente Registral o, en su caso, ante el Gerente del Registro respectivo, el cuál comprobado el retardo o denegatoria indebida, ordenará que se acceda a lo solicitado, sin perjuicio de adoptar las acciones correspondientes”.

⁶⁰ Incluso el artículo 32 del Reglamento, en su literal a) señala que el Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, “complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquellos. (...)”.

⁶¹ SILVA DIAZ, Martha. “Alcances de la calificación registral con relación a los elementos utilizados para tal fin: título presentado, asientos de los Registros Públicos y antecedentes registrales”, En: “El Derecho Registral en la Jurisprudencia Comentada” (Auspiciado por el “Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España”). Lima-Gaceta Jurídica S.A., abril 2005, páginas 233-278.

del título que contiene la solicitud respectiva, en los casos de rectificación de oficio, surtirá efecto desde la fecha en que se realice"; entre otros.

Por tanto podemos, señalar que el principio de publicidad (a través de la inscripción registral), nos permitirá tener mejor información y certeza de saber con seguridad quién es el verdadero propietario con respecto al primer problema (*la propiedad*), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (*y de los precedentes*), pero siempre existe la dificultad de la "*prueba diabólica*", además de la posesión y saber los gravámenes de la bien inmueble, por lo que consideramos la más adecuada a nuestra realidad la aplicación del sistema registral constitutivo no convalidante o causal, muy a pesar que inicialmente puede generar inicialmente mayores costos que el actual sistema de transferencia pero generará mayor seguridad jurídica y las condiciones actuales nos ayudan por la existencia de COFOPRI, PEET, Ley N° 27775 (uso de formularios cuando en predios menores a 20 URP) y Ley N° 28294, que crea el Sistema Nacional Integrado de catastro y su vinculación con el registro de predios.

La regla que establece la norma del artículo 2022 para la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, no está destinada a probar el mejor derecho de propiedad sobre un bien sino a determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan⁶². En relación a los efectos jurídicos de la inscripción de documentos existen tres sistemas; el constitutivo, el declarativo y el sustantivo.

En el sistema constitutivo se da la constitución de derechos hasta que el documento logra su registración, de tal manera que para que quede constituido el derecho, deberá quedar inscrito el documento. En el sistema declarativo, que es el que sigue nuestro país para los Bienes Inmuebles y Muebles, se llama así, por cuanto reconoce la preexistencia de los derechos reales, el derecho real se crea, se modifica o se extingue fuera del Registro Público.

Se puede presumir que lo que no aparezca en los asientos registrales, no existe en la realidad jurídica, disminuyendo así considerablemente las

⁶² Cas. N° 18-2003. Data 45,000. GJ.

posibilidades de fraudes y engaños pues los efectos contra terceros comienzan desde el instante de la presentación del título al Registro Público [...] ⁶³. Frente a la concurrencia de derechos reales o no reales, en relación a un mismo bien inmueble, en la actualidad se le da mayor prevalencia, preferencia y prioridad al que esté inscrito con anterioridad, además la inscripción de dicho derecho exige que sea un acto oneroso.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El sistema de transferencia de bienes inmuebles adoptado por nuestra legislación es el sistema de transferencia espiritual o consensual. Sin embargo el sistema de transferencias de propiedad en general, es mixto ya que para el caso de bienes muebles se adopta el sistema de separación de contratos (título y modo) al exigirse la tradición como requisito sine qua nom.

SEGUNDO: Lo regulado en el Art. 949 del Código Civil peruano no genera la obligación de enajenar (porque no puede nacer y morir al mismo tiempo la obligación de alguna conducta transmisiva) por tanto no existe prestación y además no señala un modo (modus operandi) para la transferencia del bien inmueble, en tanto el Art. 1529 del C.C. exige una conducta obligacional al vendedor, transferir la propiedad y al comprador pagar el precio, evidenciándose la incongruencia.

TERCERO: Nuestro sistema de transferencia en bienes permite la celebración de contratos de compra venta en bienes inmuebles sujetos a la voluntad de las partes, si bien existe el efecto erga omnes pero los terceros que pudieran eventualmente verse perjudicados no llegar a conocer la celebración de dichos contratos, para efectos de ejercer oponibilidad alguna frente a la celebración de determinado del contrato antes referido.

CUARTO: Frente al sistema de transferencia de propiedad adoptada por nuestra legislación, toma mayor relevancia la oponibilidad registral, precisamente por el principio de publicidad registral, ya que lo que se encuentra

⁶³ Juan Carlos Rodríguez Cordero. Op. cit., p. 10.

inscrito no sólo se presume exacto sino cierto y en consecuencia es de conocimiento general, por lo que no admite prueba en contra.

QUINTO: Que, cuando se existe la concurrencia de derechos no reales, también es perfectamente aplicable la prevalencia que señala el Art. 2022 y 2014 del C.C., debido a que nuestro actual sistema registral, permite la inscripción no sólo derechos reales sino de derechos de distinta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Actualidad Jurídica "Información especializada para abogados y jueces". Gaceta Jurídica, Tomo 208, marzo del 2011.
2. Álvarez Caperochipi, José Antonio "Derecho Inmobiliario Registral" 3ra Impresión, 1ra Impresión el Perú. Octubre del 2010. Jurista Editores.
3. Álvarez Gonzáles, Norberto "Aspectos Metajurídicos de la Seguridad Jurídica (Síntesis de Una Visión Crítica) en <http://dspace.uah.es/jspui/handle/10017/1255>"
4. ALVAREZ GONZALEZ, Norberto: Anotaciones críticas al concepto de seguridad jurídica burgués, Revista General de. Legislación y Jurisprudencia (R.G.L.J. - Madrid),. noviembre 1986.
5. Atilio Cornejo, Américo "Derecho Registral" Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argetnina 1994.
6. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. "La teoría de la publicidad registral y su evolución". (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como académico de número y contestación de Luis Diez- Picazo y Ponce de León). Madrid- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.
7. Barandiarán, León "Tratado de Derecho Civil" Tomo V, VI, VII, VIII Derecho de los Contratos, Contratos Nominados (Primera Parte) Contratos de Compra Venta, Gaceta Jurídica versión 2002.
8. Castillo Freyre, Mario "Contrato de Compra Venta". Edición 2003, Ediciones Legales.
9. Castillo Freyre, Mario y Rosas Berastain, Verónica "4 temas de hoy" Derecho y Sociedad (Asociación Civil Integrada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho del Pontificia Universidad Católica del Perú), Primer edición, Abril del 2005. Editorial DESA S.A.
10. Castillo Freyre, Mario "La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica". Edición 2007. Palestra Editores – Colegio de Notarios. Lima – Perú.
11. Carneluti, Francesco "Metodología del Derecho" Colección Clásicos de la Filosofía del Derecho, Volumen 2, México, junio del 2004 por IURE EDITORES.
12. Camille Jauffret-Spinosi René David "Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos" Edición, traducida y notas por Jorge Cordero Doctor en Derecho por la Universidad Pantheón-Assas, París II. Universidad Nacional Autónoma de México Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.
13. Código Civil Digital "Gaceta Jurídica". Lima Perú. Edición enero 2011.
14. Código Procesal Civil Digital "Gaceta Jurídica". Lima – Perú. Edición enero 2011.
15. Díaz Bravo, Arturo "Contratos Traslativos, Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio, Tomo 2". Junio del 2006. Impreso en México UIRE Editores S.A.
16. DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Barcelona - José María Bosch Editor, S.A., 1991
17. CHICO ORTIZ, José María: La seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad Intelectual, R.G.L.J., abril 1988.
18. CHICO Y ORTIZ, José María. "Estudios de Derecho Hipotecario", Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994. El autor distingue entre registros que generan "publicidad efecto" y "publicidad noticia".
19. González Barrón, Gunther "Tratado de Derechos Reales" Segunda Edición: Enero 2008; Juristas Editores E.I.R.L.

20. González Barrón, Gunther "Tratado de Derecho Registral Inmobiliario" Segunda Edición: Enero 2008; Juristas Editores E.I.R.L.
21. González Barrón, Gunther "Tratado de Derecho Registral Mercantil" Enero del 2002. Jurista Editores E.I.R.L.
22. Hernández Sapieri, Roberto; Fernández –Collado, Carlos y Batista Lucio, Pilar "Metodología de la Investigación" Cuarta Edición, abril del 2006. McGraw-Hill Interamericana. Impreso en México.
23. Hinostroza Miguez, Alberto "Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión" Doctrina – Jurisprudencia, Segunda Edición, mayo del 2011. Juristas Editores.
24. Ilustre Colegio de Abogados de Puno "Vox Uires ICAP" ADRUS S.R.L. Arequipa – Perú 2009.
25. Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios. Ley N° 28294 (21/07/2004).
26. LEYVA, J.A. "Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos", En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" del "Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España". Madrid, N° 591, marzo - abril 1989.
27. Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. "Diálogos con la Jurisprudencia". Primer Edición, julio 2012. Gaceta Jurídica.
28. Manual de Procedimientos Registrales. Primera Edición Diciembre del 2010. Gaceta Jurídica.
29. Martín Ortiz Pasco Jorge Antonio con la colaboración de Altez DÍA Fiorella, Ataupilco Gálvez Yeniffer y Altez DÍAZ Paola. "Análisis doctrinario, legal y de Resoluciones del tribunal registral en los principios registrales" en www.usmp.edu.pe/derecho/.../Analisis_Doctrinario_Derecho_Registral.pdf.
30. Moisset de Espanés, Luis "Derecho y Cambio Social" - Informática, Seguridad Jurídica Y Responsabilidad Del Registrador. (<http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/informatica.htm>).
31. Moisset de Espanés, Luís. "La Publicidad Registral" Cuarta Edición, Lima Marzo del 2004. Palestra Editores.
32. OLIVA, Antonio. "Retorno a los Principios Hipotecarios". En: "Libro homenaje a José María Chico y Ortiz". Madrid - Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995
33. Pérez Luño, Antonio E. "La Seguridad Jurídica en el Estado de Derecho" Separa de "Ius et Praxis", editada para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 16 – Diciembre – 1990, Lima Perú.
34. Pineda González, José A. Investigación Jurídica "Elaboración de la Tesis en los Diseños Cuantitativos y Cualitativos", primera edición junio-2008-Puno, Editorial "Pacífico".
35. Revista Diálogos con la Jurisprudencia No 130, Julio del 2009; año No 15, Editora Gaceta Jurídica.
36. Revista Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Número 30, correspondiente a enero-diciembre de 1999. Publicado en noviembre del 2000.
37. Revista de Ciencias Jurídicas N° 118 (45-82) "Inseguridad Jurídica Registral" enero-abril del 2009. Jiménez Bolaños, Jorge. Costa Rica.
38. Ramírez Cruz, Eugenio María "Tratado de Derechos Reales, Tomo II" Segunda Edición, Abril 2003.
39. Ramos Nuñez, Carlos "Cómo Hacer Una Tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento" Segunda Edición, Marzo del 2002. Gaceta Jurídica.
40. Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 248-2008-SUNARP/SN (30/03/2008)
41. Revista de Ciencias Jurídicas N° 118 (45-82) enero-abril 2009. Costa Rica.
42. Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, «Compraventa a satisfacción del comprador y compraventa a prueba». pp. 60-74. Vox Iudex. Lima: n.º 1, febrero 2008.
43. Sagües, Néstor Pedro "Jurisdicción Constitucional y Seguridad Jurídica" Revista de la Facultad de Derecho, Página 11-12 Rosario – Argentina.
44. Sierra Bravo, Restituto "Ciencias Sociales, Epistemología, Lógica y Metodología" Impreso en España, Paraninfo S.A. 1984.
45. www.bcrp.gob.pe/docs/.../Notas.../Exposicion-10-11-2005.pdf (Exposición de motivos oficial del Código Civil de 1984).

46. www.uss.edu.pe/.../produccionjuridica/.../La_aponibilidad_y_publicidad_en_el_Derecho_Registral.pdf (La Oponibilidad, Publicidad Y Su Expresión Jurídica En Nuestro Sistema Registral).
47. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html> (**EXPS. ACUMS. N.ºs 0001/0003-2003-AI/TC**).
48. dodadiva.galeon.com/prah.doc (Publicidad Registral: A propósito de su regulación y problemática actual).
49. <http://www.latindex.ucr.ac.cr/descargador.php?archivo=jur014-02> (*Inseguridad Jurídica Registral*)
50. www.hacer.org/pdf/pr.pdf *Derecho Derechos de propiedad (La clave del desarrollo económico por Gerald P. O'Driscoll Jr. y Lee Hoskins)*.
51. <http://blog.pucp.edu.pe/item/82773/la-transmision-de-la-propiedad-inmueble>.
52. <http://www.monografias.com/trabajos55/transferencia-inmuebles/transferencia-inmuebles.shtml>.