



Lumen
Ene. - Jun. 2021 Vol 17 N°1: pp 113-125
e-ISSN: 2708-5031
Doi:10.33539/lumen.2021.v17n1.2392

NUEVOS PERFILES DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

NEW PROFILES OF OWNERSHIP TRANSFER AND LEGAL SECURITY

Guillermo Miguel Gálvez Castro*

- * Abogado. Maestro en Derecho Civil y Comercial. Árbitro en Contrataciones del Estado. Ex Juez Especializado en lo Civil. Docente universitario en materia jurídica.
Con ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8041-6337>

LUMEN



NUEVOS PERFILES DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

NEW PROFILES OF OWNERSHIP TRANSFER AND LEGAL SECURITY

Guillermo Miguel Gálvez Castro
Universidad Autónoma del Perú
Lima, Perú

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8041-6337>
gillegalvez@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa del análisis del tema relativo al sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, desde la perspectiva de la seguridad jurídica que ofrece al tráfico jurídico inmobiliario, regido por el Código Civil a más de 36 años de vigencia.

El artículo 949° del Código Civil peruano, consagra el principio consensualista para el perfeccionamiento de transferencia de la propiedad bienes inmuebles, al señalar que *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*. En tal sentido, el enfoque del presente trabajo está centrado en lo concerniente a la seguridad jurídica que ofrecería este sistema, más allá de los abundantes trabajos en el ámbito nacional sobre los sistemas de transferencia; asimismo propone nuevas perspectivas que podrían brindar mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, tan creciente en los últimos años en nuestro país.

ABSTRACT

The present work analyzes the theme of the Real Estate transfer system in Peru, from the perspective of legal certainty involved in legal transactions, governed by the regulations of the Civil Code in more than 36 years that it has been in force.

The article 949° of The Peruvian Civil Code, describes the principle of consent for the development of Real Estate transfer, stating that *“The sole obligation to dispose a specific property, makes the creditor the owner of it, unless otherwise stipulated or agreed”*. In this sense, the approach of the present work is focused on what legal certainty this system may offer, beyond the work in the field of the transfer system; it also proposes new perspectives that could provide greater legal certainty in Real Estate trade, increasingly growing in our country in recent years.

PALABRAS CLAVE:

Transferencia de la propiedad, seguridad jurídica, obligación y tradición..

KEY WORDS:

Real estate transfer, legal certainty, obligation y tradition

INTRODUCCIÓN

En los últimos quince años en el Perú, el tráfico comercial en el mercado inmobiliario ha sido notoriamente creciente, numerosos distritos de nuestra ciudad capital y del interior del país han visto rebasada la cantidad de proyectos inmobiliarios de edificios de departamentos para uso de vivienda, así como edificios empresariales para uso de oficinas administrativas, entre otras obras de infraestructura como los grandes centros comerciales. Ello ha dado lugar a un importante incremento de la oferta para compraventa vivienda y oficinas que en años anteriores a este *boom* era muy limitado.

Este crecimiento del mercado inmobiliario ha redundado en diversos aspectos en el crecimiento económico experimentado en el Perú en los últimos años, generando importantes fuentes de empleo directo e indirecto, mejorando la escasa oferta inmobiliaria que antecedió en nuestro país antes de este importante crecimiento del sector.

Paralelamente a ello, el marco legal, fundamentalmente en lo que concierne a las normas sobre transferencia del derecho real de propiedad establecidas en el Código Sustantivo, no ha tenido variación alguna, continuándose con el arraigado sistema consensualista de transferencia de la propiedad para bienes inmuebles, recogido en el Art. 949° del Código Civil, lo que implica que bastará el acuerdo de las partes para desplegar la consecuencia jurídica de la transferencia del dominio del bien.

En nuestro trabajo haremos una revisión de los distintos sistemas de transferencia de la propiedad, entre los cuales se encuentra no solo el mencionado sistema consensualista, sino también el sistema registral, que es de origen alemán y que implica que el perfeccionamiento de la transferencia se consolida cuando el acto jurídico se inscribe en el Registro Público.

Finalmente analizaremos las ventajas y desventajas que ofrece para los usuarios del sistema de transferencia del mercado inmobiliario, el actual y a la vez antiguo sistema consensualista, que aun rige en el Perú del Siglo XXI; y por su parte plantearemos algunas alternativas de mejora para la seguridad en el tráfico inmobiliario, lo cual eventualmente podría darse con algún cambio legislativo.

A. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CONCEPTOS PRELIMINARES

Según los eminentes juristas Marcel Planiol y Georges Ripert, quizá si lo más importante no es determinar si la propiedad ha sido justa en principio, sino el de comprobar si esta institución debe ser mantenida.

Es una conclusión general de esta postura, que la propiedad individual, “justifica ampliamente su existencia por los servicios que ella ofrece a la humanidad” (Planiol - Ripert); se justificaría también, debido a las importantes ventajas que la propiedad ha conferido y confiere a la sociedad, dado que constituye un aliciente a la producción en sus diversos modos, y por ende, al avance de las artes, las ciencias, la industria y en lo que concierne al desarrollo y progreso de los medios de hacer la vida más cómoda y feliz (Salvat).

Esta concepción busca evitar el análisis de un problema fundamental, que es determinar si la propiedad ha tenido a través de la historia, la connotación que hoy tiene, esto es, la justificación plena antes referida.

La justificación que actualmente tiene la propiedad, se relaciona con la evolución del sistema de

producción capitalista. Así, en la medida que se iba logrando el nuevo orden burgués, la justificación del derecho de propiedad privada iba desplazándose hacia el concepto del Derecho Natural, es decir, hacia la determinación esencial de la naturaleza humana, presentándose como un derecho innato, anterior al Estado, de carácter inviolable y sagrado.

Así, el dominio llegará a alcanzar una doble posición, como derecho innato de la persona, que el Estado no puede vulnerar, y como institución del Derecho privado, en cuanto afecta a los modos de adquisición, transferencia, tutela y límites de la propiedad, que se realizan dentro de las relaciones jurídicas privadas.

Dentro de dicha concepción, el derecho de propiedad, si no de naturaleza invulnerable y consagrada como derecho de rango constitucional, se presenta cuanto menos como derecho primordial del hombre, que coadyuva a su desarrollo, concepto que tiene base esencial dentro de un marco constitucional y en la mentalidad jurídica corriente. De este modo, el propietario aparece como investido de un poder (*señorío*) abstracto sobre el bien, que goza de una tutela jurídica de máxima jerarquía, como la ya mencionada base constitucional, así como también tiene tutela de desarrollo en la extensa normativa del Código Civil.

Es también importante reseñar que el derecho de propiedad, tiene precisamente en el marco del Código Civil de 1984 una serie de limitaciones a su ejercicio, fundamentalmente cuando se trata de la propiedad predial, como sucede con la normativa prevista en el Subcapítulo II, del Capítulo Tercero, de la Sección Tercera del Libro III del Código Sustantivo sobre las "Limitaciones por razón de vecindad", como aquella prevista en el artículo 959° de dicho cuerpo de leyes, que señala que el propietario no puede impedir que en su inmueble se realicen actos para servicios temporales de las propiedades colindantes, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente; así también, tenemos al Art. 960° del Código Civil, cuyo texto establece en similar sentido, que cuando para construir o reparar una edificación sea necesario el paso temporal de materiales por predio ajeno o colocar andamios, el propietario de dicho predio deberá consentirlo.

Igualmente, encontramos en el marco de la propia Constitución Política algunas otras limitaciones al normal ejercicio del derecho de propiedad, como sucede con lo previsto en el Art. 70° que dispone que la propiedad se debe ejercer dentro de los límites de la ley, pudiendo ser excepcionalmente expropiado; mientras que el Art. 71° establece que los extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras están impedidos de adquirir ni poseer bajo ninguna forma tierras, minas, bosques, aguas, combustibles, ni tampoco fuentes de energía, bajo pena de perder, en beneficio del Estado el derecho adquirido, excepto caso de necesidad pública declarada por el Gobierno.

ETIMOLOGÍA Y ACEPCIONES DE LA PROPIEDAD

Un determinado sector de la doctrina estima que la etimología poco contribuye a encontrar el origen de una determinada palabra, lo cual es posiblemente más cierto cuando se trata de términos técnicos como sucede en general con los términos jurídicos, y más aún en este caso que se trata probablemente de una de las instituciones más polémicas del derecho, dado sus ribetes inclusive de orden político. Ello porque muchas veces alcanzan un desarrollo y una significación propios, independientemente del origen que tuvieron.

El concepto de la propiedad no es unívoco, tiene una variada gama de acepciones, muchas de las cuales encuentran su divergencia según razones de índole política o económica. Sin embargo, no deja de ser importante desentrañar el origen de la palabra propiedad, a partir de lo cual nos permitirá ir bosquejando sus alcances jurídicos, aun cuando no es tema central del artículo. No obstante, es indesligable entrar a indagar, al menos someramente sobre su origen para poder comprender su concepto jurídico y luego desarrollar el tema específico de la transferencia del dominio del bien inmueble.

El término propiedad, proviene de la voz latina *proprietas*, que por su parte proviene de *propium* que se puede traducir como “lo que pertenece a una persona”, o “lo que es propio de ella”; dicho vocablo, proviene de *prope*, que significa cerca, precisando en su significado amplio una noción de proximidad y relación entre los bienes. (Castán, 1941, p.53) Ello implica que, en su sentido genérico y lato, propiedad hace alusión a aquello que pertenece a una persona en forma muy próxima o cercana.

En un sentido más estricto, se puede afirmar que la propiedad constituye un derecho real, que puede ser comprendido hasta en dos aspectos: 1) Es un derecho aplicable sobre cualquier clase de bienes, así los bienes llamados materiales (los clásicos, consideraban que solo abarcaba a los bienes corporales) como también comprende a los bienes inmateriales (derechos intelectuales). 2) Los otros derechos reales, que otorgan a su titular un derecho de goce o de señorío pleno sobre el bien.

En este segundo aspecto de la acepción, reside el poder jurídico que tiene el propietario de un determinado bien como reconocimiento de la norma jurídica a favor de su titular. Tal es así que, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos que el Art. 923° del Código Civil señala precisamente que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”, de lo que se puede apreciar claramente que el sistema jurídico nacional ha reconocido en este numeral el aspecto de señorío señalado en el párrafo anterior.

CONSIDERACIÓN DEL ASPECTO FUNCIONAL PRIVADO DE LA PROPIEDAD

Es menester señalar que, con relación al ámbito de los derechos de la persona, la propiedad tiene un lugar preponderante. Ello dado que, como derecho fundamental, le brinda a su titular la posibilidad de obtener el máximo aprovechamiento de todos medios económicos necesarios “para desplegar su *propia personalidad humana*, a saber: ante todo, *para vivir* y luego para *desplegar* y *para conseguir su propio fin*”. (Barbero, 1967, p.216)

Es indudable que la propiedad es uno de los derechos fundamentales de la persona, si bien no el más importante, no obstante, ocupa en su entorno económico un lugar preponderante. Vano sería en consecuencia, el intento de cualquier doctrina jurídica o política de querer abolirla o liquidarla totalmente, porque como afirma BARBERO, ello significaría negar la “persona”.

Sostiene acertadamente Domenico BARBERO, que “hasta un comunismo llevado a sus últimas consecuencias tendría que encontrar una expresión de propiedad”. En rigor de verdades el marxismo correctamente entendido, nunca planteó la extinción de la propiedad de los bienes de uso (vivienda, movilidad, etc.), sino la colectivización de los bienes o medios de producción, o sea la gran propiedad (entiéndase fábricas, industrias, grandes extensiones de tierras).

No obstante, es necesario establecer que la propiedad no es una proyección de la persona. El bien y la persona son entes distintos, autónomos y claramente diferentes en cuanto a su propio ser y su régimen jurídico. Para tal efecto, se debe considerar que no toda persona tiene propiedades. Ello va ligado al estatus económico de la persona, dado que se debe entender que los costos de adquisición de la propiedad, básicamente cuando es a título oneroso implica un poderío económico de la persona.

Así, resulta ser que existen personas sin bienes, mientras que otras tienen patrimonios importantes. Ello, desde luego dentro de una perspectiva de la propiedad sobre un bien determinado. En tal sentido, el derecho de dominio del bien, es de capital importancia para la persona en cuanto puede satisfacer sus necesidades mínimas y más inmediatas.

B. LA PROPIEDAD COMO CONCEPTO FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS REALES

LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL

El tipo fundamental, de los denominados derechos reales, es el del dominio o propiedad. No obstante, se debe considerar no solo a la propiedad de los bienes materiales -como se considera en Alemania- sino además a la llamada propiedad inmaterial (incorporal). Dentro de la propiedad incorporal tenemos a importantes bienes como lo concerniente a los derechos del autor, que tienen un tratamiento especial fuera del marco del Código Civil.

Muchas personas, nunca se han visto en el entorno de determinadas figuras de los derechos reales como sucede con una garantía hipoteca o el derecho de usufructo de un bien, pero probablemente no existe persona a quien le sea desconocido el derecho de propiedad de algún bien, aun cuando el valor económico de esta sea ínfimo. Este entorno de vinculación con el derecho de propiedad sucede tanto en el ámbito personal como familiar, en los que de alguna manera nos hallamos relacionados con la propiedad.

Según señala Justus Wilhelm HEDEMANN (1955), “el mismo mendigo es dueño de los harapos que lo cubren y del cayado en que se apoya”. Para entender el arraigo notoriamente humano de los derechos reales -añade el notable jurista alemán- “nos basta pensar en la *propiedad*, como en una forma elemental, referida a lo cual es aquel un concepto vulgar”. (p.12)

De otro lado, se tiene no solo su presencia universal en los seres humanos, sino que representa el derecho real que mayores poderes que confiere a su titular, en comparación con otros derechos reales. Es así que, en el antes mencionado Art. 923° del Código Civil otorga al titular los atributos de uso, disfrute, disposición y reivindicación de un bien, lo que no encuentra correlato en los demás derechos reales como la posesión, el usufructo, la superficie, la servidumbre, que tan solo otorga al titular de los mencionados derechos reales la facultad de usar el bien.

LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN: DERECHOS REALES CONEXOS

La propiedad y la posesión son derechos reales principales que guardan muchas semejanzas entre sí. En alguna época pasada se las ha identificado e inclusive se les ha confundido. No obstante, cabe anotar de antemano, la existencia de notorias diferencias y efectos legales, básicamente en lo concerniente a las atribuciones del titular.

Previamente debemos apuntar que los Derechos Reales principales, entre los que se encuentran los antes mencionados Derechos Reales principales, tales como la propiedad y la posesión, a los que se agregan otros Derechos Reales como la superficie, el usufructo, la habitación, la servidumbre y otros, se caracterizan por ser autónomos, es decir no necesitan de la existencia de una relación jurídica previa o preexistente para que se puedan constituir.

De otro lado se tiene a los denominados Derechos Reales de garantía o llamados también accesorios, donde necesariamente debe preexistir una relación jurídica que sustente su función jurídica. Así sucede con derechos reales como la hipoteca y la garantía mobiliaria, antes denominada por nuestro Código Civil como prenda, cuyo articulado ha sido derogado para dar lugar a la Ley de Garantía Mobiliaria – Ley N° 28677 del 01 de marzo de 2006. Esta clase de derechos reales presupone, como está dicho, la preexistencia de otra relación jurídica, fundamentalmente de naturaleza crediticia a la que le sirve de garantía; es decir figuras como la hipoteca y la prenda, esta última llamada hoy garantía mobiliaria, constituyen un tipo de derechos reales accesorios, cuya función principal es la protección del crédito a través de la garantía de un bien determinado.

El Derecho real de posesión ha sido de algún modo, una manifestación primigenia del derecho de propiedad, al menos en cuanto a su aspecto externo, configurado por el hecho de la vinculación directa entre el bien y la persona que tiene el bien. Es así que antiguamente, surgieron algunas figuras jurídicas destinadas a la adquisición de Derechos reales tales como la apropiación, conocida también como *aprehensión* de determinados bienes muebles, sobre todo con presencia en actividades del hombre como la caza o la pesca, que equivalían -y aún hoy equivalen- a formas similares a la propiedad, cuanto menos en lo que concierne a la forma de adquirir el derecho; y más precisamente referido a los modos originarios de adquirir derechos reales.

No obstante, con el transcurso del tiempo, se establecieron nítidas diferencias entre la propiedad y la posesión; dado que aquellos bienes que ostentan un *título* que acredite la existencia del derecho constituye el dominio o la propiedad del bien. Por su parte, en la figura de la posesión como derecho real no se tiene el título, al menos no como condición para su existencia toda vez que la posesión puede basarse en el simple hecho de su ejercicio. En la propiedad existe un vínculo jurídico de pertenencia, que está consagrado legislativamente en el artículo 923° del Código Civil cuando menciona que es *poder jurídico* que confiere a su titular determinadas facultades.

Por su parte la posesión, es fundamentalmente una situación de *hecho*, lo que claramente encuentra arraigo legislativo en el artículo 896° del Código Civil, cuando señala que “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Ello denota, que en el vigente Código Civil, se encuentra plasmada la antigua concepción de considerar a la posesión como la vinculación directa entre el bien y la persona.

Con relación a las diferencias, éstas actualmente aparecen en forma nítida. En principio, la posesión otorga a quien lo ejerce, las facultades de usar y disfrutar un determinado bien, es decir, se sustenta en el valor económico del uso del mismo. El derecho de propiedad por su parte, además de permitir las facultades de uso y el disfrute del bien, permiten además el ejercicio de otras facultades como la disposición, es decir, su facultad de enajenar o gravar el bien. A ello se suma el poder de reivindicación del bien.

En tal sentido se afirma que la propiedad constituye el Derecho real más pleno, dado que ciertamente es el Derecho real más completo de todos los demás derechos reales, dado que no existe otro Derecho real que confiera a su titular mayores poderes. Los otros derechos reales representan únicamente el ejercicio de algunas de las facultades previstas en el artículo 923° del Código Civil: usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. La propiedad es el único derecho real que permite el ejercicio de las facultades de disposición y reivindicación del bien.

Cabe apuntar que, la posesión es el contenido económico de la propiedad, en cuanto el valor de uso y percepción de los frutos que comporta el bien. Por su parte la facultad de disposición –que se consolida en ciertos contratos como la compraventa- esencialmente contiene el valor de cambio económico del bien, al implicar un acto de transferencia del derecho real de propiedad recibiendo como contraprestación un precio representado por suma dineraria.

C. LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PARA BIEN MUEBLE

CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: TRANSFERENCIA Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

La Sección Segunda del Libro VII del Código Sustantivo, se ocupa de la regulación de los *contratos nominados*, desarrollando el tratamiento legislativo de los contratos típicos, cuyo primer grupo de contratos entre los que se encuentra la compraventa, la permuta y la donación, componen un conjunto de contratos cuyo efecto en el ámbito de Derechos reales es la transferencia del dominio del bien.

Con relación al contrato de compraventa tenemos al artículo 1529° del Código Civil que dispone que “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad al comprador y éste a pagar su precio en dinero”. Así tenemos, que el efecto jurídico en lo relativo a los Derechos reales, es efectivamente transferir la propiedad de un bien. En cuanto al contrato de permuta el numeral 1602° del Código Civil establece que “Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes”. Como se puede apreciar el término empleado es el mismo, esto es, transferir la propiedad. Finalmente sucede lo mismo con el contrato de donación, donde el artículo 1621° del Código Civil señala que “Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien”. Siguiendo la misma terminología el artículo en mención utiliza también el término transferir para referirse al efecto traslativo de la propiedad.

Nótese que en los tres casos: compraventa, permuta y donación, el Código Civil ha hecho uso del mismo término que es transferir; además, puede advertirse que en todos los casos se trata de actos jurídicos *inter vivos*, esto es, cuyo efecto legal es la de producir el efecto traslativo de la propiedad cuando los celebrantes están en vida. Sobre este aspecto –momento en que opera la transferencia de la propiedad- se tiene que ello marca la diferencia entre el concepto de transferencia y transmisión de la propiedad.

Así se tiene que cuando el Código sustantivo hace referencia al efecto traslativo de la propiedad por vía sucesoria, es decir *mortis causa*, el artículo 660° señala que “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Como se podrá apreciar palmariamente, el término utilizado en este caso, es de transmitir, es decir que la propiedad se traslada a los herederos como efecto de la muerte del causante.

Se concluye de lo señalado en los párrafos precedentes, que el ámbito de tratamiento del presente trabajo es la de transferencia del dominio, particularmente enfocado en los bienes inmuebles. Es decir, prescindimos del empleo del término transmitir, que a la luz del Código sustantivo corresponde al campo de los actos *mortis causa*, como acontece con las sucesiones, reservando el empleo del término transferencia para los actos *inter vivos*.

LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO

Con relación a los bienes muebles, se tiene que el artículo 947° del Código Civil peruano ha optado por el sistema de transferencia de la propiedad denominada “tradicción causalizada” o del “título y modo”¹.

En efecto, la transferencia de la propiedad para un bien mueble, exige la configuración del denominado “título”, es decir el acto jurídico que tiene un fin traslativo, como sucede con ciertos contratos como la compraventa o la donación; así mismo la presencia del “modo” o tradición, que se concreta con la entrega del bien a quien adquiere la propiedad.

Del título –presente fundamentalmente en la figura del contrato- surge la obligación de transferir a cargo del enajenante; a su turno, la transferencia se perfecciona con la verificación de la *traditio*. Dentro de dicho aspecto, el artículo 947° Código sustantivo precisa que la transferencia de la propiedad de un bien mueble se verifica con la “tradicción a su acreedor”, lo que importa en forma clara que nuestro Código Civil de 1984 ha recogido la llamada teoría del título y el modo; en efecto la tradición comporta el momento determinante para consumar la consecuencia traslativa del dominio

¹ El legislador habla de la distinción entre el título de adquisición y el modo de adquirir: AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de motivos del ante proyecto del libro de Derechos Reales”. EN: COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL de 1936. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil, Tomo I*, pág. 797.

del bien mueble (modo), siendo necesario que la *traditio* se realice a favor del “acreedor”, lo que por su parte implica la celebración de un acto jurídico causal (título), en donde existe una parte acreedora de la entrega del bien mueble (adquiriente) y una parte deudora de su entrega (transferente).

Sin embargo, los contratos que contengan en el campo de los Derechos reales un efecto traslativo del dominio del bien, como el caso de la compraventa, no requieren de la verificación de la *traditio* para que se perfeccionen como actos jurídicos con contenidos obligacionales. La figura de la tradición cumple una función muy distinta, que es la de constituir a través del pago de la obligación, el efecto de transferir la propiedad del bien, y a su vez, constituye el requisito *sine qua non* para que se generen los efectos reales, es decir, la producción de la transferencia del dominio del bien mueble.

D. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD SOBRE BIEN INMUEBLE

EL PRINCIPIO CONSENSUALISTA

El artículo 949° del Código Civil que se refiere a la transferencia de la propiedad sobre bien inmueble establece: “*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario*”. Dicha norma no establece ningún requisito adicional a la constitución de la obligación, para que se perfeccione la transferencia del dominio del bien, produciéndose el efecto traslativo en forma automática o *ipso iure*. En dicho orden de ideas, el Código Sustantivo ha optado nítidamente por el sistema consensualista de transferencia de dominio en el ámbito de los bienes inmuebles.

El sistema consensualista de transferencia del dominio sobre bienes inmuebles, tiene la influencia del Código Civil francés de 1804, situación que conllevó a una innovación sustancial respecto al Derecho romano, lo que determinó la victoria del concepto de la voluntariedad sobre el *formalismo jurídico*; por tanto, defendió básicamente al adquiriente, convertido en forma automática en propietario del bien, en tanto el transferente solo puede hacer uso de la acción personal –como la cobranza de su crédito que se traduce en el precio del bien- o de ser el caso puede impugnar el contrato.(Diez Picazo, 1987, p.318)

El Code, estableció que el consentimiento entre las partes bastaba como requisito para que opere la transferencia del dominio del bien inmueble a favor del adquiriente; no siendo necesaria la tradición o entrega del bien, tampoco que se realice el pago del precio acordado, ni la verificación de alguna otra formalidad.

Desde cualquiera que sea el enfoque de la doctrina, lo concreto reside en que el sistema francés original previsto en el *Code*, instituyó el sistema consensual de transferencia de dominio del bien, sea porque el consentimiento *per se* basta para generar dicho efecto, o sea mediante una ficción legal que consiste en asumir que al consentimiento se adhiere de pleno derecho una tradición ficta.

VENTAJAS DEL SISTEMA CONSENSUALISTA

La teoría del título y el modo, surge de la interpretación de los antiguos textos de origen romano sobre la *tradición causal*, como momento cumbre para que opere la transferencia del dominio de los bienes. Posteriormente, varió la función que debe cumplir la *traditio*, de manera que de la idea de una *traditio* como “realidad sobre la cosa”, se varió a la noción de una tradición bajo “mecanismo publicitario”. No obstante, en el Derecho romano era manifiesto que la *traditio* se fue *espiritualizando*, de manera que culminó por aceptarse la existencia de diversos mecanismos fictos de entrega del bien, sin que implique transferencia de la posesión. En tales situaciones, la transferencia del dominio del bien podía suceder con el puro consentimiento expresado en el título de adquisición, a la que se le agregaba una cláusula de “*traditio ficta*”.

Moderadamente, se viene constituyendo una tendencia favorable, aunque minoritaria hacia el sistema consensualista, sin embargo, sus fundamentos son diferentes a los antes mencionados. Se afirma que este sistema implica un mejor impulso a favor de la libre circulación de la riqueza y al uso de los recursos, alternando de este modo los principios iusnaturalistas con el liberalismo económico.

Respecto a los sistemas que recogen la teoría del título y el modo, se puede afirmar que protegen esencialmente al enajenante, dado que éste no pierde el derecho sobre el bien hasta el instante en que se verifica la *traditio*, y si se tiene en consideración que comúnmente la tradición se encuentra condicionada al pago del precio, se advierte que el sistema del “título y el modo” culmina estando subordinado al efecto traslativo del dominio con la desposesión del bien, que por lo general ocurre con la cancelación del precio.

En cuanto al principio consensualista, este opera como elemento que activa la circulación de la riqueza, beneficiando al adquirente, quien adquiere la propiedad del bien antes de la entrega del bien o del pago del precio acordado. Es suficiente notar que el adquirente puede carecer de dinero para cumplir con su obligación de pagar el precio, no obstante, puede obtenerlo con la reventa del bien, que eventualmente podría ser a un precio mayor que le aseguraría una rentabilidad. De otro lado, el adquirente de un bien inmueble, desde el momento del consentimiento ya se constituye en propietario a la luz del sistema consensualista, en consecuencia, puede intentar la obtención del dinero mediante un crédito con el otorgamiento de una garantía hipotecaria para conservar la titularidad del bien. Dicha figura no sería viable, si el efecto traslativo de dominio del bien quedara diferida hasta el momento de la entrega, lo cual claramente no se aplica para transferencia de inmuebles.

DESVENTAJAS DEL PRINCIPIO CONSENSUALISTA

No obstante, los beneficios que genera el consensualismo, entre las que se considera la facilitación del intercambio, la pronta circulación de la riqueza y la defensa al adquirente, es importante precisar que existen serias limitaciones que genera un sistema consensualista absoluto. El consensualismo, prescinde del uso de mecanismos de publicidad para que los terceros puedan conocer la existencia de las transferencias y, en general, para dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles, tan importante para la seguridad jurídica en el tráfico comercial inmobiliario. Ante tal supuesto, el potencial adquirente de un inmueble, podría encontrarse expuesto a situaciones riesgosas que tornen muy difícil establecer quién es el propietario actual del bien, y determinar con certeza la existencia de cargas que afectarían al bien materia de la transferencia. Ello podría conllevar a situaciones litigiosas complejas de resolver.

Así, entre otros aspectos, no se podría establecer con certeza quién es el propietario de un bien inmueble, tampoco las cargas que menoscaban su valor. De la misma manera, aun cuando el transferente ostente títulos que lo legitimen, cabe la posibilidad que previamente haya transferido el bien sin haberse registrado el acto y surjan constantes conflictos sobre la titularidad del bien, haciendo imposible conocer a su titular actual. De todo ello se colige que en el sistema consensual absoluto, que prescinde de la publicidad del acto, se presenta el inminente riesgo de la realización de varias ventas del mismo bien a personas distintas, generando un serio inconveniente para la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Aun en el supuesto que el enajenante ostente un título de propiedad válido y no existan *varias ventas*, se presenta el riesgo que alguna transferencia anterior de la cadena de enajenaciones previas sea declarada nula o resuelta, con la evidente falta de seguridad para el último comprador del bien. Cuando la transferencia de la propiedad se perfecciona bajo el sistema consensualista, cabe la probabilidad que un tercero pretenda reivindicar el inmueble, bien sea por ostentar un mejor derecho de propiedad del bien o cuando se configura la prescripción adquisitiva de dominio.

LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN EL SISTEMA CONSENSUALISTA

Generalmente, se admite que la función primordial de la publicidad registral, es hacer de conocimiento de los usuarios del tráfico comercial inmobiliario las situaciones o hechos relevantes de la situación jurídica de un inmueble. No obstante, las funciones que cumple la publicidad registral suelen ser mucho más diversas. En efecto, algunos sistemas adoptan a la inscripción registral como constitutiva (Alemania, Austria o Australia); por su parte otros sistemas la descartan, pese a que aceptan algunos mecanismos ciertamente más elaborados para incorporar al fenómeno de la publicidad.

Lo cierto del caso es que la publicidad, únicamente funciona en tanto brinde información y certeza al usuario del sistema registral. Previamente a iniciar un vínculo jurídico, las partes necesitan la máxima seguridad jurídica posible con relación a los supuestos de dichas vinculaciones, tales como saber quién es el propietario, si el bien tiene o no cargas y de ser así cuales son estas, etc. Ello tiene como finalidad tener certeza sobre la situación legal del bien a adquirir; en tal sentido los interesados pueden hacer las indagaciones pertinentes estando dispuestos a asumir ciertos costos, pero ciertamente previsibles, en la medida que cuenten con un sistema que les brinde la información necesaria para contar con una efectiva seguridad que le brinda la publicidad.

El Estado asume el rol de organizar una publicidad que evita una posterior investigación, disminuyendo ostensiblemente la falta de seguridad jurídica que es propia del consensualismo, facilitando la seguridad en la circulación de la riqueza. Es así que el sistema registral permite dotar a la circulación de los bienes de un mayor entorno de seguridad jurídica. Cabe apuntar que un sistema consensual no niega que el acto traslativo de dominio del bien, generado *ipso iure* con el acuerdo de las partes, se inscriba en el Registro, como sucede con el caso peruano, donde tenemos que en nuestro sistema registral las transferencias inmobiliarias son actos que evidentemente se pueden inscribir en el Registro para obtener las ventajas que comporta la publicidad del acto.

E. LA FUNCIÓN DE INSCRIBIR LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD. LA NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL PERÚ EL SISTEMA DE LA INSCRIPCIÓN

Como ha quedado dicho anteriormente, bajo nuestro sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble, plasmado en el artículo 949° del Código Civil, no obsta que el acto jurídico que transfiere la propiedad del bien sea inscrito en el Registro, es más, la alternativa más segura para el adquirente es precisamente la de inscribir la adquisición en el Registro para brindarle al acto jurídico la oponibilidad que le genera la inscripción, como ventaja de acceder al sistema registral.

No obstante, se debe dejar en claro que esta inscripción no tendrá una naturaleza constitutiva del derecho, dado que la transferencia de la propiedad, se ha perfeccionado claramente en forma extra registral, es decir, con el consentimiento entre las partes celebrantes del acto jurídico traslativo. En consecuencia, el acceso al Registro únicamente confiere al adquirente algunos beneficios que le otorga el hecho de inscribir su título en el Registro Público, como la mencionada oponibilidad de su derecho frente a terceros, a lo que se suman ciertos principios como la publicidad y la fe pública registral.

Es importante precisar que existe diversa jurisprudencia en el ámbito nacional, donde los diferentes órganos jurisdiccionales, en materia de transferencia de la propiedad inmueble, se han pronunciado sobre la aplicación del artículo 949° del Código Civil; así tenemos a la Casación N° 3312-2013-JUNIN en la que se interpuso demanda contra el poseedor de un inmueble, invocándose un mejor derecho de propiedad. El demandante se sustentó en la existencia de un contrato de compraventa elevado a escritura pública en el año 1992; el demandado al contestar la demanda invocó un derecho similar, basándose en un documento privado de compraventa otorgado en el año 1991 con firmas legalizadas ante Notario. La sentencia de primera instancia declaró infundada la

demanda en atención a que juez estimó que la parte demandante cuestionó la validez del segundo contrato, situación que no corresponde establecer en proceso de mejor derecho de propiedad.

Posteriormente, la Sala de la Corte Superior de Justicia estableció que el otorgamiento de la escritura pública no condicionó la compraventa del demandado, dado que se perfeccionó en forma independiente de la formalidad, más aún si el sistema de transferencia de la propiedad sobre bien inmueble se configura extra registralmente, esto es, con la sola generación de la relación obligacional, según lo previsto en el artículo 949 del Código Sustantivo.

Cuando el caso pasó a la Corte Suprema en vía de recurso de casación, el supremo tribunal señaló que era impertinente la aplicación del Art. 1135° del Código Sustantivo, dado que dicha norma solo regula los actos jurídicos que importan una obligación de dar y en el supuesto de concurrencia de acreedores de bien inmueble, más no en lo que concierne a derechos reales, como sucede cuando se discute el mejor derecho de propiedad sobre un bien; en consecuencia, casaron la sentencia de vista declarándola nula, ordenando a la Sala Superior que expida nueva sentencia.

En suma, nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble, ha recogido la tradición francesa, cabe decir, que es un sistema que presenta serias desventajas como las anotadas en este trabajo; no obstante, aún es posible, a instancias del adquirente y bajo el principio de rogación que inspira nuestro sistema registral, que el adquirente inscriba su título en el Registro, pero desde luego, ya no será con fines constitutivos sino con la finalidad de darle publicidad a un acto eminentemente privado, que se concreta con la inscripción del derecho de propiedad en el Registro Público.

No obstante, ello abre una riesgosa posibilidad para el tráfico jurídico inmobiliario en el Perú de hoy, próximo al Bicentenario, que es la de tener en el país transferencias de la propiedad meramente ocurridas en el ámbito privado –lo que ciertamente es su esencia- pero que no existen en el Registro Público, generando como consecuencia la ya mencionada posibilidad de existir bienes inmuebles donde conocer quién es el dueño actual, podría ser una labor difícil sino imposible, para quien pretenda adquirir la propiedad de un bien inmueble amparado en un marco de seguridad jurídica que merece el tráfico inmobiliario. Es decir, bajo el sistema consensualista, resulta ser que la información que brinda el Registro no necesariamente es la información actual, en términos de una realidad de titularidad del bien, pues podría ser que ese inmueble haya sido transferido una o más veces y esto no conste en el Registro, existiendo así un titular registral y un titular actual o real que resida en otra persona.

Esta situación nos lleva a pensar en la necesidad que el artículo 949° del Código Civil tenga finalmente una modificatoria, en la que se abandone la tradición consensual que encontró raigambre en el Código Francés de 1804 y adopte el sistema de origen alemán, donde el perfeccionamiento de la propiedad inmueble se determina en dos fases: a) el negocio jurídico y b) el acto jurídico que transfiere la propiedad. El primero es un acuerdo de transferencia entre una persona que adquiere y otra que enajena el bien, que viene a ser la relación causal básica. El segundo, se da cuando se inscribe de la transferencia del dominio del bien en el llamado *libro territorial*, siendo que a este sistema se le denomina con el nombre del registro, momento en el que se consolida la transferencia de la propiedad. En este escenario, queda claro que el efecto traslativo de la propiedad no se determina con el acto jurídico, que es insuficiente para producir el efecto traslativo del dominio, sino que se requiere su inscripción registral para consumarla.

En tal sentido, consideramos de fundamental importancia, luego de más de 36 años de vigencia del Código sustantivo y próximos a celebrar el Bicentenario de la Independencia de la República, que el referido artículo 949° del Código Civil incorpore la exigencia de la inscripción del acto jurídico para producir la consecuencia jurídica del traslado del dominio del bien inmueble; ello con el fin de dotar de las ventajas ya mencionadas en el presente trabajo al tráfico de bienes inmuebles; lo cual

no sería muy novedoso en el Perú, dado que esto es algo que ya sucede con la transferencia de la propiedad vehicular donde la inscripción registral es obligatoria para consolidar el efecto traslativo de la propiedad, lo que constituye una excepción a la regla de transferencia de bienes muebles prevista en el Art. 947° del Código Civil.

CONCLUSIONES

1. La transferencia de la propiedad inmueble en el Perú se constituye por acuerdo entre las partes en virtud del Art. 949° del Código Civil.
2. En cuanto a los bienes muebles, inscritos o no, la transferencia de dominio se produce con la entrega del bien a la parte acreedora, salvo el caso de la transferencia vehicular donde se requiere la inscripción.
3. El sistema nacional de transferencia de dominio de bienes determinados, sean muebles o inmuebles, recoge la teoría del título y el modo, que implica la concurrencia de un acuerdo entre las partes para generar el efecto traslativo de dominio del bien (el título) y de un mecanismo orientado a permitir que esto se logre (el modo).
4. Para el supuesto de un bien mueble determinado, el título queda representado por el contrato con efecto traslativo de dominio; mientras que el modo, queda plasmado con la *traditio*, todo ello en virtud del artículo 947° del Código sustantivo.
5. Para los bienes inmuebles, el título se configura con el contrato traslativo de dominio; mientras que el modo se subsume en el mismo, ello a la luz de lo previsto en el Art. 949° del mismo cuerpo de leyes.
6. Los contratos en general (incluidos aquellos que están destinados a generar la transferencia de propiedad, como la compraventa) tienen un efecto solo obligacional, que está limitado a crear una relación jurídica integrada por determinadas obligaciones, que no producen efectos reales, dado que necesita además de un modo para la constitución del derecho.
7. El cambio normativo que se plantea al artículo 949° del Código Civil, es decir, el establecimiento de la obligatoriedad de la inscripción de la transferencia de la propiedad inmueble en el Registro Público, dotaría al tráfico inmobiliario en el Perú de una mayor seguridad jurídica.
8. En mérito a la modificatoria precisada en el acápite precedente, se estaría pasando a ser un sistema constitutivo de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, dejando de ser un sistema consensual de tradición francesa.

REFERENCIAS

- Avendaño Valdéz, Jorge (1980). *“Exposición de motivos del ante proyecto del Libro de Derechos Reales”*. En: Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil, Tomo I. Lima.
- Barbero, Doménico (1967). *Sistema del Derecho Privado*. T. II. Ejea.
- Castán, J. (1941). *Derecho Civil Español Común y Foral*. T. II. Reus.
- Díez Picazo, Luis (1987). *Sistema de Derecho Civil*, Tomo III. Tecnos.
- Ferrero Costa, Raúl (2004). *Curso de Derecho de Obligaciones*. Grijley.
- Hedemann, J. W. (1955). *Tratado de Derecho Civil*, Vol II. Derechos Reales. Revista de Derecho Privado.
- Ramírez Cruz, Eugenio (2003). *Tratado de Derechos Reales*, Tomo II. Editorial Rodhas.

Fecha de recepción: 19 de marzo

Fecha de aceptación: 12 de junio