



**UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE**  
Laureate International Universities

**FACULTAD DE:**  
**DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO  
LEGAL ACTUAL DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD  
INMUEBLE A TÍTULO ONEROSO EN EL PERÚ**

**TESIS**  
**PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE:**  
**ABOGADO**

**AUTOR:**  
**Bach. Abel Omar Chávez Castro**

**ASESOR:**  
**Reynaldo Mario Tantaleán Odar**

**CAJAMARCA – PERÚ**  
**2013**

COPYRIGHT © 2013 by  
ABEL OMAR CHÁVEZ CASTRO  
Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE**  
**Laureate International Universities**

**FACULTAD DE**  
**DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

ACEPTADA:

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO  
LEGAL ACTUAL DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD  
INMUEBLE A TÍTULO ONEROSO EN EL PERÚ

AUTOR:

Bach. Abel Omar Chávez Castro

ASESOR:

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

**Aprobado por:**

-----  
**ERVIN ALBRECHT PITASIG**

Presidente del jurado

-----  
**IVY ROSA NUÉ SESSAREGO**

Integrante del jurado

-----  
**LUIS CARLOS POLO CHÁVARRI**

Integrante del jurado

-----  
**REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR**

Asesor

Cajamarca, .....de.....2013

A:

Mi madre Cesi por su incansable lucha y amor incondicional, a mi padre Gonzalo que me ilumina para seguir adelante, y a mis hermanos Pepi y Gonzalo por el cariño fraternal que nos une.

Ni la vida, ni la libertad, ni la propiedad de ningún hombre está a salvo cuando el legislativo está reunido.

-Mark Twain

## CUADRO DE CONTENIDO.

<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>viii</b>
<b>LISTA DE ABREVIACIONES.....</b>	<b>ix</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>x</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>xiii</b>
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>11</b>
<b>Alcances Generales Sobre El Derecho De Propiedad Inmueble.....</b>	<b>11</b>
<b>Alcances Generales Sobre el Contrato de Compraventa.....</b>	<b>14</b>
<b>La Concurrencia de Acreedores sobre Bien Inmueble en Nuestra Legislación.....</b>	<b>19</b>
<b>El Principio Consensual de Transferencia de la Propiedad Inmueble.....</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO III. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN.....</b>	<b>31</b>
<b>Exposición Discursiva Del Procedimiento De Investigación.....</b>	<b>31</b>
<b>Matriz de Consistencia.....</b>	<b>34</b>
<b>CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....</b>	<b>36</b>
<b>La Ineficacia Real Probatoria del Principio Consensual en la Concurrencia de Acreedores.....</b>	<b>36</b>

<b>La Existencia de un Sistema Mixto de Transmisión de la Propiedad Inmueble, Consensual, Formal y Documental.....</b>	<b>62</b>
<b>La Imposibilidad De Regular Un Sistema Traslativo De Propiedad Inmueble Meramente Consensual.....</b>	<b>98</b>
<b>CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>109</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>114</b>

## **AGRADECIMIENTO**

Mi sincero agradecimiento al profesor Reynaldo Tantaleán Odar, por su constante apoyo en la transmisión de conocimientos jurídicos y metodológicos, sin los cuales no hubiera sido posible el desarrollo y culminación de la presente tesis.

Al abogado Arturo Vásquez Silva, por su comprensión y disposición de apoyo, al haberme prestado las facilidades necesarias para la realización del presente trabajo.

## **LISTA DE ABREVIACIONES**

CPP: Constitución Política del Perú.

CC: Código Civil.

CPC: Código Procesal Civil.

TC: Tribunal Constitucional.

CS: Corte Suprema

RR.PP: Registros Públicos.

## RESUMEN

El artículo 949° del Código Civil, establece que la propiedad sobre bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, lo cual debería ser correctamente interpretado como el solo contrato. En efecto, según el mencionado artículo, la voluntad legítimamente manifestada basta para perfeccionar la transferencia del derecho de propiedad inmobiliaria.

De acuerdo a nuestras bases legislativas y a la opinión autorizada de autores, la legislación peruana ha adoptado el principio consensual de transmisión de la propiedad inmueble, de origen francés. Bajo el sistema consensual, llamado también espiritual, el solo acuerdo de voluntades se constituye como título y modo suficientes para perfeccionar la transferencia del derecho.

No obstante el sistema consensual de transmisión de la propiedad inmueble, la existencia de una solución legal a la concurrencia de acreedores que otorga un “mejor derecho” real a quien logre inscribirlo, pone en duda la plena eficacia del principio Consensual. Francesco Messineo ha señalado en reiteradas oportunidades que el contrato no inscrito, es válido pero no eficaz, ya que no es oponible a terceros posibles adquirentes del mismo bien. Para Manuel de la Puente y Lavalle, el contrato no inscrito es ineficaz por no poderse acreditar su existencia, validez y fecha de suscripción.

La ineficacia probatoria del consensualismo, ocasionada por la solución legal a la concurrencia de acreedores prevista en el artículo 1135° del Código Civil, sumada a la regulación de los principios de prioridad registral y oponibilidad registral, previstos en los artículo 2026° y 2022° del Código Civil respectivamente, posibilita el hecho que

nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble a título oneroso no sea únicamente consensual.

Como lo han explicado los autores Gunther Gonzáles Barrón, Eugenio Ramírez cruz, y entre otros, el profesor Manuel Miranda Canales, la existencia de una regulación que otorga preferencia al acreedor que inscribe su derecho, demuestra que nuestro sistema ha sufrido una mutación, dejando de ser únicamente espiritual para pasar a ser un sistema “ambiguo”, en el cual la propiedad se puede transferir de dos formas, el contrato y la inscripción como modo excepcional.

En tal sentido, la inscripción del título traslativo ha devenido en un procedimiento de realización necesaria por parte del comprador, a efectos de hacerlo oponible a terceros. De lo contrario, deberá asumir el riesgo de pérdida del derecho por la inscripción de una transferencia posterior sobre el mismo bien.

Dado el nivel de ineficacia de un contrato de Compraventa de inmueble no inscrito en el Registro, motivada por los artículos 1135°, 2016° y 2022° del Código Civil, se deduce la imposibilidad de regular un sistema traslativo de propiedad inmueble únicamente consensual. En efecto, teniendo en cuenta el incremento en la circulación de bienes inmuebles, y el gran número de dobles ventas y consecuentes estafas que se generan, para el autor Eugenio Ramírez Cruz, el sistema consensual “ha fracasado” y resulta hasta “peligroso” para una sociedad como la nuestra.

De hecho, la solución legal a la concurrencia de acreedores otorga en gran medida seguridad jurídica a los adquirentes que inscriben su derecho, pero a la vez genera inseguridad jurídica para los adquirentes que no lo hacen. Más aún si tomamos en cuenta

que los compradores no inscriben su derecho básicamente por tres motivos: (i) Falta de un sistema registral debidamente catastrado. (ii) Falta de costumbre registral. (ii) Falta de medios económicos o acceso al registro. Y (iv) el solo hecho de no inscribir por no estar obligados a hacerlo.

Consecuentemente, es indispensable regular formas mínimas que los contratantes diligentes deben observar. Efectivamente, siempre será necesaria una forma para probar la existencia del contrato, su validez, su contenido y la fecha de su celebración, lo cual cobra mayor relevancia cuando se presentan casos de concurrencia de acreedores sobre el mismo bien inmueble. Situación por la cual se postula la necesidad de regular la inscripción del contrato de compraventa, cuando menos, como formalidad ad probationem.

## ABSTRACT

Article 949 of the Civil Code provides that the ownership of real property is transferred by the mere obligation to dispose of, which should be correctly interpreted as a single contract. In fact, according to that article, legitimately expressed will suffice to accomplish the transfer of real property law.

According to our legislative basis and authoritative view of authors, Peruvian law has adopted the principle consensual transmission of real property, of French origin. Under the consensual system, also called spiritual, the only voluntary agreement constitutes the title and means sufficient to accomplish the transfer of the right.

However consensual transmission system of real property, the existence of a legal solution to the concurrence of creditors that confers a "better right" real to anyone who can enroll, call into question the effectiveness of the principle full Consensual. Francesco Messineo has repeatedly stated that the contract signed, is valid but not effective because it is not effective against third potential purchasers of the same good. For Manuel de la Puente y Lavalle, the contract signed is ineffective since we can not prove its existence, validity and date of subscription.

The ineffectiveness of proof of consent, legal solution caused by the concurrence of creditors under Article 1135 of the Civil Code, together with the regulation of early registration and enforceability priority registration, provided for in Article 2026 ° and 2022 ° of Civil Code, respectively, allows the fact that our system of transferring of real property for a consideration not only consensual.

As we have explained Gunther authors Gonzales Barron, Eugenio Ramirez cross, and among others, Professor Manuel Miranda Canales, the existence of a regulation that gives preference to the creditor that part right, shows that our system has undergone a mutation, leaving to be spiritual only to become a system "ambiguous", in which the property can be transferred in two ways, the contract and registration as exceptionally.

In this regard, the deed transferring the registration has become a method of making necessary by the purchaser, in order to make it effective against third parties. Otherwise, you must assume the risk of loss of the right by the registration of a subsequent transfer of the same property.

Given the level of ineffectiveness of a contract Purchase of property not entered in the Register, motivated by Articles 1135 °, 2016 ° and 2022 of the Civil Code, it appears impossible to regulate a system of transferring of real property only consensual. Indeed, taking into account the increase in the circulation of real estate, and the large number of double and consistent sales scams that are generated for the author Eugenio Ramirez Cruz, consensual system has "failed" and turns to "dangerous" for a society like ours.

In fact, the legal solution to the concurrence of creditors largely gives legal certainty to purchasers who register their right, but also creates legal uncertainty for purchasers who do not. Moreover if we take into account that buyers do not register their right basically for three reasons: (i) Lack of proper cadastral registration system. (Ii) Lack of registration usual. (Ii) Lack of financial means or access to the registry. And (iv) the failure to register only for not being forced to.

Consequently, it is indispensable to regulate minimum forms diligent contractors must observe. Indeed, it is always needed a way to prove the existence of the contract, its validity, its contents and the date of the meeting, which becomes more important when there are cases of concurrence of creditors on the same property. Situation which raises the need to regulate the registration of the contract of sale, at least, as a formality ad probationem.

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

El sistema peruano de transferencia de la propiedad inmueble a título oneroso, ha sido concebido tradicionalmente por nuestra legislación civil como un sistema consensual. En efecto el Código Civil de 1984, establece en su artículo 949°, que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar, sin necesitar para su perfeccionamiento, de cualquier otro requisito o formalidad más que el solo contrato o acuerdo de voluntades legítimamente manifestadas.

En efecto, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento civil tiene sus bases legislativas en el Código Civil Francés y el Código Civil Italiano, y considerando la opinión autorizada de autores, queda establecido que nuestro sistema jurídico legal formal de transferencia de la propiedad inmueble, está elaborado en base al principio consensual o espiritual de origen francés, el mismo que posteriormente fue acogido por la legislación Italiana.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 949° del Código Civil, la transmisión de la propiedad inmueble opera con la sola obligación de enajenar. Así, con el solo hecho de manifestar la voluntad de transferir y la voluntad de adquirir, el derecho de propiedad sobre el inmueble migra del poder del transferente hacia el poder del adquirente. Se entiende entonces que la transferencia de propiedad no requiere de formalidad adicional alguna, ratificando de esta manera que la transferencia de propiedad es consensual.

En el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble, la obligación de enajenar es constitutiva de derechos, y la inscripción en Registros Públicos ó la

suscripción de una escritura pública son actos declarativos, no siendo una formalidad exigida por el ordenamiento. De manera facultativa, el adquirente de un inmueble puede inscribir el título de adquisición a efectos de hacerlo oponible a terceros, pero el derecho real sobre el bien ya fue adquirido con el solo hecho de enajenar.

En tal sentido, teniendo claro que tipo de sistema traslativo de propiedad inmueble acoge nuestro ordenamiento, es necesario esclarecer si el principio consensual sigue siendo exclusiva y plenamente aplicable en la realidad actual de nuestro país. De hecho, inicialmente, la solución legal a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble, prevista en el artículo 1135° del libro VI “Obligaciones” del Código Civil (que valga la aclaración, es totalmente lógica), fue regulada como un supuesto de excepción al artículo 949°, pues sólo en caso de una doble venta, se otorga preferencia al adquirente que inscribió su derecho.

No obstante ello, la existencia del artículo 1135° del Código Civil ha generado en la doctrina posiciones encontradas que ponen en duda la concepción de nuestro sistema de transmisión de la propiedad inmueble como un sistema meramente consensual. En efecto el artículo 1135°, contiene una solución legal a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble, mediante la cual se prefiere al adquirente que tuvo la diligencia de inscribir su derecho en los Registros Públicos, o en su defecto a aquel que posea el título de fecha cierta más antigua, con lo cual es discutible si la transferencia consensual resulta suficiente para garantizar la vigencia del derecho de propiedad.

De otro lado, en el libro IX del Código Civil, concerniente a Registros Públicos, el artículo 2016 establece que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la

preferencia de los derechos que otorga el registro, mientras que el artículo 2022 de la misma norma sustantiva, establece que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Los dos dispositivos legales antes mencionados, otorgan al registro de la propiedad inmueble un papel determinante en la solución de controversias de concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, toda vez que de acuerdo al primero (el artículo 2016 del C.C), se establece un orden de preferencia de acuerdo al tiempo en la inscripción del derecho de propiedad, mientras que el segundo (artículo 2022 del C.C), deja por sentada la necesidad imperiosa del registro para poder oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos.

Algunos autores han legado a señalar que antes de la inscripción no existe propiedad como derecho real, sino que el derecho se encuentra aun en el plano obligacional del contrato y para su perfeccionamiento se requiere de la inscripción. Resulta cuestionable entonces, que ahora nuestro sistema de transmisión de la propiedad sea meramente consensual, y es necesario determinar cómo es tratado y aplicado actualmente, para luego darle una interpretación sana a los artículos 1135°, 2016° y 2022° del Código Civil.

Resulta claro que el cumplimiento textual de lo establecido por el artículo 949° del Código Civil, representaría un riesgo para el comprador en una transferencia de propiedad inmobiliaria a título oneroso no inscrita, o en defecto de la inscripción, no celebrada mediante documento de fecha cierta. Efectivamente, el comprador no está obligado a cumplir con estas formalidades, sin que ello perjudique la adquisición de la

propiedad. Sin embargo, asume el riesgo de perder su derecho en caso de presentarse otro acreedor que si cumplió con alguna de las referidas formalidades.

Por ello, la inscripción registral del título traslativo de propiedad inmueble, ha devenido en un procedimiento sumamente necesario, para hacerlo oponible y por ende plenamente eficaz frente a algunos terceros que podrían adquirir el mismo bien. Más aun, teniendo en cuenta la gran fluidez que ha adquirido actualmente el tráfico comercial de inmuebles, y el consecuente incremento de estafas producidas por dobles ventas, ya sea por falta de información, falta de medios económicos, o falta de costumbre registral.

Es así que la solución legal a la concurrencia de acreedores, impuesta por el Código Civil de 1984, posiblemente coloque al comprador que no observe cualquiera de las formalidades previstas por el artículo 1135, en una situación de desventaja que necesita ser regulada. Del mismo modo, los principios de prioridad registral y oponibilidad previstos en los artículos 2016° y 2022°, la inscripción registral una importancia de tal magnitud que ha devenido en una formalidad, si no obligatoria, necesaria para garantizar la vigencia del derecho, acreditar su titularidad y demostrar su prioridad en el tiempo.

En efecto, se postula la idea de que los mencionados dispositivos legales, generan seguridad jurídica para el comprador que inscribe su derecho o a falta de transcripción, posee título de fecha cierta; pero a la vez, un alto nivel de inseguridad jurídica para los comparadores que no lo hacen. Considerando que la ausencia de inscripción responde a factores como la falta de un sistema predial debidamente catastrado, falta de información de los adquirentes, falta de medios económicos, costumbre registral, o por el solo hecho de que el comprador no está obligado a hacerlo.

Toda vez que la inscripción de los contratos traslativos de propiedad inmueble, o en su defecto, la celebración del contrato mediante documento de fecha cierta, se constituyen como procedimientos de realización necesaria para disminuir el riesgo de pérdida del derecho adquirido y acreditar su titularidad y tiempo de adquisición, resulta discutible afirmar que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble sea únicamente consensual.

En efecto, el contrato es suficiente para transferir la propiedad de un inmueble, mientras el mismo bien no sea transferido a otro adquirente, ya que, de ser ello así, un segundo acreedor podría ser preferido por inscribir su derecho o por poseer título de fecha cierta; pasando a ser el primero, un acreedor obligacional, ya que “en teoría” si adquirió válidamente el derecho real, y fue propietario de manera temporal, lo cual es inaceptable en un sistema consensual.

En ese sentido, el principio consensual de transferencia de la propiedad inmueble en nuestro país, posiblemente tenga una ineficacia probatoria, real y no formal, frente a una doble venta. Ello en razón de que a nivel procesal es imposible acreditar la existencia del derecho a favor de un acreedor que no haya inscrito su derecho o no haya dejado constancia del acto traslativo mediante un documento de fecha cierta.

Bajo ese razonamiento, a nivel doctrinario no se tiene la uniformidad necesaria para afirmar con seguridad que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble a título oneroso, sea meramente consensual, sino que posiblemente el mismo ha devenido en un sistema mixto: consensual, por cómo ha sido tratado legislativamente, formal y documental en razón de su aplicación real.

No obstante el tratamiento legislativo que se ha dado a la transferencia de propiedad inmueble en el Perú, la naturaleza de nuestro ordenamiento no permite la regulación de un sistema meramente consensual, toda vez que siempre se necesitará de una forma, por más mínima que sea, para poder acreditar básicamente tres situaciones de hecho: i) la existencia del contrato, ii) la validez del contrato, y iii) la fecha de celebración del contrato. Recordemos que el problema de la concurrencia de acreedores pasa por la necesidad de acreditar una fecha de celebración anterior, es por ello que a falta de inscripción se prefiere el documento de fecha cierto más antiguo.

Dada la posibilidad que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble mediante compraventa, concebido tradicionalmente como consensual, no sea aplicable plenamente en razón de la existencia de una solución legal a la concurrencia de acreedores indesligable de la oponibilidad de derechos reales, se ha planteado la siguiente pregunta ¿Cuáles son las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú?

A efectos de facilitar el estudio y análisis de esta pregunta de investigación, la he dividido en las siguientes interrogantes: i) ¿Cómo es el sistema peruano actual de transmisión de la propiedad inmueble en el Perú? ii) ¿Cuál es el nivel de eficacia del principio consensual de transferencia de propiedad inmueble? iii) ¿En qué medida la inscripción del contrato traslativo de propiedad inmueble representa un requisito formal? iv) ¿En qué medida el contrato de compraventa de inmuebles ha devenido en un contrato formal Ad Probationem?

En relación a ello, la meta que se busca alcanzar con la elaboración de esta pregunta de investigación, es determinar las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso, en el Perú. Mientras que los objetivos específicos son los siguientes i) Analizar el nivel de eficacia que tiene el principio consensual de transferencia de la propiedad inmueble. ii) Determinar cómo es el sistema peruano actual de transmisión de la propiedad inmueble. iii) Analizar la inscripción registral de títulos traslativos de propiedad como un requisito formal para su perfeccionamiento. iv) Analizar el contrato de Compraventa como un contrato sujeto a formalidad Ad Probationem.

Como posible respuesta al problema de investigación se formuló la siguiente hipótesis: Las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú, son las siguientes: i) La ineficacia real a nivel probatorio del principio consensual en la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble. ii) La existencia de un sistema mixto de transmisión de la propiedad inmueble, consensual, formal y documental. iii) La imposibilidad de regular un sistema traslativo de propiedad inmueble meramente consensual.

De otro lado, para la presente investigación se asumió a la propiedad como un derecho real absoluto, toda vez que es el derecho real que confiere a su titular más facultades, en contraposición a los demás derechos reales limitados, como por ejemplo, la posesión que atribuye a su titular únicamente las facultades de uso y hasta disfrute. Ergo, el derecho de propiedad es un derecho absoluto que confiere al propietario las facultades de uso, disfrute, disposición y reivindicación sobre el bien, encontrándose limitado únicamente por el ordenamiento y el interés social.

Para el presente trabajo se asume que la Prescripción Adquisitiva de Dominio y la Adjudicación son modos originarios de adquisición de la propiedad, toda vez que el derecho de propiedad es adquirido sin existir una relación jurídica anterior con titular alguno.

De igual modo se asume que la propiedad y el dominio son conceptos similares, cuyas diferencias radican básicamente en el aspecto subjetivo del derecho. Así, tenemos que la propiedad se identifica con la relación de pertenencia o el derecho subjetivo que tiene el titular sobre el bien. Mientras que el dominio constituye el poder que tiene el titular para ejercer las facultades del derecho de propiedad, como el uso, disfrute, disposición y reivindicación. No obstante ello, como se apreciará en el desarrollo del presente trabajo, la mayoría de autores utilizan indistintamente ambos conceptos para referirse al derecho de propiedad, por lo cual en la presente investigación se tomará al concepto de propiedad para referirse a ambos planos del referido derecho.

Asimismo, respecto a la concepción del derecho de propiedad, la presente investigación acoge la definición modernista, mediante la cual la propiedad es un derecho subjetivo e individualista no identificado únicamente con el bien objeto de transmisión, sino también como una relación de pertenencia con su titular. La mencionada concepción modernista de la propiedad es explicada por el Doctor Gunther Gonzáles quien afirma que La propiedad moderna se define en forma subjetiva e individualista. Es subjetiva por cuanto la propiedad se considera un derecho, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano en que la propiedad se confundía con el objeto mismo: la propiedad era la cosa. Por otro lado, la definición es individualista porque el derecho de propiedad se identifica con un individuo como sujeto titular. (Gonzáles Barrón 2009, 275)

La investigación se culminó mediante la lectura analítica e interpretativa de bibliografía de autores autorizados especialistas en transferencia de propiedad, la comparación de opiniones y críticas doctrinarias, la interpretación de legislación y el análisis referencial de jurisprudencia. A efectos de lograr una lectura sistematizada y además un mejor análisis e interpretación de la literatura, se utilizó como instrumento la hoja de ruta. Asimismo, estuvo dirigida a estudiar el real funcionamiento del sistema jurídico legal de transferencia de la propiedad inmueble, únicamente, mediante contrato de Compraventa, a partir del Código Civil de 1984. En ese sentido, su ámbito espacial estuvo limitado a todo el territorio peruano.

En el primer capítulo de la investigación se hace una narración expositiva de la realidad problemática que ha motivado la realización del presente trabajo, asimismo, se mencionan las preguntas alrededor de las cuales gira la investigación, las metas que se pretenden alcanzar, las posibles repuestas, así como el procedimiento de investigación y los medios que se han utilizado.

En el segundo capítulo, se hace una recopilación de opiniones especializadas de autores reconocidos en transferencia de propiedad, así como en temas relacionados a la presente investigación, cuya revisión era imprescindible, como derecho de obligaciones y derechos reales, analizando e interpretando la literatura, y comparando la opinión de sus autores, lo cual me ha permitido llegar a determinadas conclusiones.

En el tercer capítulo, se expone el diseño de contrastación, dando a conocer la unidad de análisis, el universo y la muestra de mi investigación. También se expone narrativamente los métodos, técnicas e instrumentos utilizados, traducidos en la explicación del

procedimiento mediante el cual se ha llegado a concretizar el presente trabajo. Ello, teniendo en cuenta que se trata de un trabajo exploratorio - descriptivo esencialmente teórico.

En el cuarto capítulo, se realiza una exposición argumentativa de los resultados y discusión de mi investigación. De esta forma, se da a conocer al lector cómo a partir de las opiniones de autores, sus críticas y comentarios, sumado a la interpretación de legislación, queda establecido que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble concebido como consensual, resulta inaplicable en la realidad.

Por último en el quinto capítulo, se exponen las conclusiones a las cuales se ha podido arribar al término de la investigación.

Es así que mediante la presente investigación se logró aclarar algunas dudas respecto a la permanencia actual de este sistema instaurado por el Código civil de 1984. Ello en razón de que el mismo ordenamiento sustantivo prevé una solución a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble, en la cual se establece una preferencia para el acreedor que cumple con el procedimiento de la inscripción de su título traslativo de propiedad inmueble, o en su defecto al acreedor que posea el título de fecha cierta más antigua, generando la inaplicabilidad real del principio consensual.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### **I Alcances Generales Sobre El Derecho De Propiedad Inmueble.**

##### Naturaleza jurídica del derecho de propiedad.

La naturaleza jurídica del derecho de propiedad siempre ha estado ligada a su importancia en el quehacer cotidiano de la humanidad. Actualmente su trascendencia en el movimiento económico de los bienes y en la generación de riqueza, ha convertido al derecho de propiedad en un derecho cuasi fundamental, que reconocido constitucionalmente garantiza a su titular el pleno goce de sus facultades.

El autor nacional Eugenio Ramírez Cruz, señala que *“la propiedad sino inviolable y sagrada, se presenta al menos como “derecho fundamental”, idea que se encuentra muy arraigada en la mentalidad jurídica corriente y en los manuales y que tiene aún enorme importancia”*. (Ramírez Cruz 2007, 55 y 56)

Al respecto, es necesario señalar que la naturaleza jurídica del derecho de propiedad es la de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, toda vez que es inconcebible que un ser humano se desarrolle en la sociedad, sin tener algún tipo de patrimonio. Ergo el derecho de propiedad como derecho personal y fundamental es inherente a la persona humana.

Para el citado autor, la propiedad es un poder jurídico. Por tanto, la propiedad es indiscutiblemente un derecho subjetivo, el más importante quizás de los derechos subjetivos patrimoniales. Confiere el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y

reivindicar el bien (Ramírez Cruz 2007, 102). De esta forma, el derecho de propiedad inmueble implica un conjunto de atribuciones mediante las cuales el titular propietario ejerce los poderes de uso, disfrute, disposición y reivindicación sobre el predio.

### Caracteres del Derecho de Propiedad.

#### **1. Es un derecho real.**

Pues es la facultad que se ejerce sobre un bien y crea una relación jurídica de pertenencia. Para Gunther Gonzáles, *“es un ámbito de poder que se ejerce en forma directa sobre un bien (inherencia), generando la pertenencia.* (Gonzáles Barrón 2005, 294) *Así, en contraposición a los derechos personales, está la propiedad como derecho real, que genera una relación de poder y pertenencia sobre el bien”.*

#### **2. Es un derecho absoluto.**

Pues es el conjunto de todos los poderes sobre un bien, y por ello, es el derecho de mayor contenido real, de la lectura de la definición del derecho de propiedad se deducen la facultades de uso, disfrute, disposición y reivindicación, de las cuales se desprenden todas las facultades que una persona como propietario del bien puede ejercer. Sin embargo, como afirma G. Gonzáles, *“debemos estar precavidos para no identificar el carácter de absolutez con el de ilimitación”.*

En efecto, la ley establece determinadas limitaciones al dominio por el respeto que se debe al interés social y al bien común; *“pero aun contando con todas éstas limitaciones, el propietario goza del ámbito de poder más absoluto que el*

*ordenamiento reconoce sobre los bienes, se trata de un derecho absoluto pero limitado*". (González Barrón 2005, 294) Asimismo, Messineo expresa que *"el derecho de propiedad consiste en un complejo unitario pleno e indeterminado de poderes sobre la cosa lo que no significa que no haya un contraste con el carácter social de ese derecho... Se debe considerar que, donde la limitación no opere, el poder del propietario, mantiene su carácter de universalidad"*. (Messineo 1965, 261)<sup>1</sup>

### **3. Es un derecho exclusivo.**

Toda vez que sólo el propietario tiene el derecho de ejercer las facultades inherentes a la propiedad, sólo él tiene la posibilidad de aprovechar y usar el bien que le pertenece de la forma que le plazca. En consecuencia dicho titular puede oponerse a cualquier tipo de intromisión por parte de un tercero utilizando los remedios de protección tutelar del derecho que la ley le otorga, como la Acción Reivindicatoria. Al respecto, afirma Borda que *"el fundamento del derecho de propiedad se halla en que la apropiación u goce de una cosa, supone la exclusión de la apropiación y goce de la misma cosa por otros hombres"*. (Borda 1992, 259)

### **4. Es un derecho Perpetuo.**

Pues, la propiedad como derecho exclusivo, puede tener la mayor continuidad y duración, salvo su libre disposición al enajenar, lo que traerá consigo el dinamismo comercial de los derechos reales. Como precisa el profesor Gunther González,

---

<sup>1</sup> Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, no hay derechos absolutos. Sin embargo, el presente trabajo está elaborado en base a la perspectiva civil, en la cual el derecho de propiedad es absoluto por su oponibilidad erga omnes.

*“significa que la propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales. Por eso se habla que la propiedad es tendencialmente perpetua”* (González Barrón 2005, 294). Esta característica del derecho de propiedad está referida, tal como lo afirma Borda, a que *“el derecho no se pierde por el desuso o desposesión de la cosa en tanto un tercero no la haya poseído por el término legal de la Usucapión... Puede ocurrir que haya una falta de posesión del bien, ya que nadie ha tomado posesión del mismo, o que haya sido poseído por varias personas que sin unir sus posesiones la hayan abandonado, antes de cumplir el plazo para la prescripción extintiva, en estos casos el derecho se mantiene en cabeza de su titular indefinidamente.* (Borda 1992, 259).

## **II Alcances Generales Sobre el Contrato de Compraventa.**

### Definición:

*“El art. 1529° del c.c. expresa lo siguiente: “Por la compra venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”. El vendedor asume una obligación de dar. Esta obligación de dar se encuentra específicamente vinculada al derecho de propiedad que es un derecho real, el de mayor categoría como que contiene y subsume a todos los demás derechos reales. Esta obligación de dar del vendedor tiene su correspondencia en otra obligación de dar, la del comprador de pagar el precio en dinero. Estamos entonces ante un contrato, donde ambos contratantes han asumido obligaciones*

*reales: uno dar el bien, otro dar el dinero. Entre estos se presenta una relación jurídica de reciprocidad”.* (Romero Zavala 2004, 4).

El contrato de compraventa es el acuerdo de voluntades por medio del cual el comprador se obliga a transferir la propiedad de un bien, para el presente trabajo, bienes inmuebles, a cambio de que el comprador pague su precio en dinero. No obstante la naturaleza de derecho real que se transfiere, de acuerdo a la definición legal que el artículo 1529° del Código Civil ha otorgado al contrato de compraventa, éste vendría a ser un contrato obligacional y no real.

*En efecto el autor Luis Romero Zavala señala lo siguiente “Comúnmente suele afirmarse que la transferencia de propiedad de los bienes, se lleva a cabo mediante el contrato de compra venta. Esta afirmación que no deja de ser cierta, merece sin embargo, precisión conceptual en sus alcances. Al comentar la definición legal, hemos observado que la compra venta es un contrato que obliga a transferir la propiedad y por lo tanto no la transfiere. Una cosa es la celebración del contrato de compra venta y otra la transferencia de propiedad. Cuando la ley sostiene que la compra venta obliga a transferir la propiedad, está señalando que ese no es el momento concreto de la transferencia.”* (Romero Zavala 2004, 6).

Desde esta perspectiva, la definición contenida en el artículo 1529° del Código Civil, por si sola, genera cierta confusión al establecer que con la celebración del contrato de compraventa se genera la obligación de transferir la propiedad sobre el bien, más la transferencia del derecho no opera de manera automática, situación por la cual el referido artículo debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 947°y 949°

del Código Civil, que regulan la transferencia de bienes muebles e inmuebles, respectivamente.

El autor Luis Romero Zavala señala al respecto *“En nuestro derecho, constatamos que se ha adoptado un sistema mixto. Y esto no fluye de las disposiciones que regulan el contrato de compra venta, pese a la aparente claridad del art. 1529° del c.c. Debemos remitirnos a los artículos 947° y 949° del mismo cuerpo legal, para aclarar la situación (...)*

*El artículo 949° del c.c se refiere a la transferencia de propiedad inmobiliaria en los siguientes términos: ‘La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario’ La sola obligación significa el acuerdo, el simple consentimiento, sin necesidad de entrega física, el propietario es el acreedor desde la celebración del contrato de compra venta...”* (Romero Zavala 2004, 6)

### Características de la Compraventa

#### **1. Es un contrato consensual:**

Tal como lo precisa el autor Luis Romero Zavala, la compraventa es un contrato consensual *“Porque resulta suficiente el simple consentimiento, el acuerdo de los contratantes para que el contrato quede perfeccionado. Cuando las partes se ponen de acuerdo sobre el bien y el precio, existirá compra-venta, sin necesidad de hacerlo constar en documento alguno”* (Romero Zavala 2004, 12)

#### **2. Es un contrato principal:**

En efecto la compraventa es un contrato autónomo e independiente, tal como lo señala el mismo autor *“Su dependencia o autonomía no se discute. Contrariamente, su existencia da lugar a la de otros contratos, en condición de accesorios. La compra – venta admite la casi totalidad de pactos especiales que como cláusulas adicionales se agregan a ella. En el supuesto de estar vinculada a otro contrato no pierde su condición de contrato principal”*. (Romero Zavala 2004, 12)

**3. Es un contrato oneroso:**

Toda vez que existe empobrecimiento en un parte contratante y enriquecimiento en la otra. Tal como lo precisa el autor Romero Zavala es un contrato oneroso *“porque cada parte tendrá que ejecutar prestaciones propias, dando lugar a que cada uno de ellos perciba, su respectivo beneficio ventaja de orden patrimonial o económico. El vendedor deberá entregar el bien a su comprador. Y este a su vez al vendedor el valor económico del mismo bien representado en una suma de dinero que es el precio”*. (Romero Zavala 2004, 12)

**4. Es un contrato conmutativo:**

*“Porque permite a las partes contratantes conocer desde el momento de la celebración, si han logrado ganancias o pérdidas, dentro de los límites permisibles, pues pese al requisito de equivalencia en el valor de las prestaciones, nunca podrá obtenerse una paridad absoluta. Sin embargo, puede ser también un contrato aleatorio, como sucede en el caso de la pesca y la caza, donde la ganancia o pérdida está sujeta a un acontecimiento posterior (...) y también puede convertirse en un*

*contrato sujeto a condición suspensiva como en el caso de ventas de bienes futuros”*  
(Romero Zavala 2004, 13)

**5. Es un contrato de ejecución instantánea:**

*“Porque las prestaciones a cargo de cada contratante se cumplen inmediatamente después de la celebración, en el mismo acto, aunque también admite la posibilidad de cumplimiento por partes, sobre todo cuando se pacta que el precio se pague en cuotas sucesivas. De la misma manera puede presentarse la ejecución postergada o diferida. El plazo no se presume, por cuanto si no hay pacto, la ejecución instantánea procede”.* (Romero Zavala 2004, 13)

**6. Es un contrato de prestaciones recíprocas:**

Como señala el citado autor, es un contrato en el cual existe una *“relación de interdependencia entre el bien y el precio, donde una de las prestaciones es causa y efecto de la otra, así como ésta es causa y efecto de aquella, es lo que se conoce como relación jurídica doble de reciprocidad”* (Romero Zavala 2004, 13)

Forma en la Compraventa

Como se verifica de las características de este contrato, una de ellas es su falta de formalidad, siendo un contrato consensual. Tal como lo indica el profesor Mario castillo Freyre *“la compraventa es un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será porque la s partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija”*  
(Castillo Freyre 2000, 95)

El autor Manuel Miranda Canales, al comentar el artículo 1529° del Código Civil de 1984, que define el contrato de compra venta, sostiene que *“Este artículo conserva el carácter consensual de la compraventa, en tanto que, como contrato queda perfeccionado con el solo consentimiento sobre el bien vendido y el precio”* (Miranda Canales 2007, 172).

El mismo autor, al comentar la transferencia de propiedad inmobiliaria mediante compraventa sostiene que de acuerdo a lo establecido por el artículo 949° del Código Civil *“el sólo intercambio de voluntades perfecciona la rtransferencia de propiedad inmobiliaria”*

El autor Luis Romero Zavala agrega que el contrato de compra venta *“Está inmerso en la corriente consensualista producto del consentimiento puro, que exige únicamente la expresa declaración de voluntad de los contratantes dando lugar, por su coincidencia, a lo que llamamos la voluntad común del contrato. Si no requiere de documento estamos hablando de un contrato oral o verbal”*

### **III La Concurrencia de Acreedores sobre Bien Inmueble en Nuestra Legislación.**

El artículo 1135 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

*“Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.* (Código Civil 1984)

Para el autor Felipe Osterling Parodi, el citado dispositivo *“se refiere a la hipótesis de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diverso acreedores y a las normas de preferencia que en esos casos operarían. El precepto señala que será preferido el acreedor de buena fe cuyo título haya sido inscrito o, en su defecto, aquél cuyo título sea de fecha anterior, salvo, en este último caso, que el de alguno conste de documento de fecha cierta más antigua”* (Osterling Parodi 2001, 44)

El mismo autor sostiene que el concepto de buena fe que contiene artículo bajo comentario, concuerda con el artículo IX del Título Preliminar del Reglamento de Registros Públicos que establece *“las normas sobre los registros no amparan la mala fe, lo que concuerda con su inciso c) de su artículo 173, según el cual la nulidad que se declare respecto de una inscripción puede afectar al tercero adquirente de un derecho, cuando se compruebe que ha procedido de mala fe”* (Osterling Parodi 2001, 45)

*“Estos conceptos no hacen sino ratificar la necesidad de precisar, respecto de la concurrencia de acreedores, que será preferido el acreedor cuyo título haya sido primeramente inscrito, siempre que hubiera actuado de buena fe”* (Osterling Parodi 2001, 45).

El citado autor complementa su comentario, señalando que *“la norma comentada concuerda también con el artículo 2014° del Código Civil, según el cual el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su*

*derecho, aunque después de anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conoía la inexaxtitud del registro”.* (Osterling Parodi 2001, 45)

De lo expuesto pro el citado autor, se aprecia que la solución legal que ofrece el artículo 1135° del Código Civil, está destinada a otorgar una preferencia al acreedor inmobiliario que haya cumplido con realizar un determinado acto, como la inscripción de su título en el registro, o en su defecto, la celebración del contrato mediante documento de fecha cierta, frente a los acreedores que no lo hicieron, siempre y cuando aquel haya actuado de buena fe.

Toda vez que la determinación de la preferencia va a restarle oponibilidad a los contratos no inscritos, frente al acreedor que si cumplió con inscribir su derecho, se deduce que la solución a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble contenida en el artículo 1135° del C.C, influye directamente en la eficacia del contrato al no poder surtir sus efectos por no ser oponible.

Tal como señala el autor Luciano Barchi *“La eficacia se manifiesta particularmente como oponibilidad del contrato de enajenación en relación con los terceros que ostentan posiciones jurídicas en conflicto con aquellas del adquirente, es decir, posiciones jurídicas en todo o en parte incompatibles con la adquisición contractual”.* (Barchi Velaochaga 2008, 29).

El mismo autor indica que en una concurrencia de acreedores generada a partir de contratos de enajenación de inmubeles, se pueden presentar tres tipos de conflictos:

*“1) conflictos con los terceros titulares; 2) conflicto con los terceros a ven ti causa; y 3) conflictos con los acreedores del enajenante.*

*1) Conflicto con los terceros titulares. Los contratos de enajenación tienen por objeto una adquisición derivativa, es decir, una adquisición que presupone que la anterior pertenencia del derecho entra en conflicto con la posición del tercero titular (ejemplo: el enajenante vende un bien robado).*

*2) Conflicto con los a ven ti causa. Se determina cuando el titular enajena sucesivamente a más personas el mismo derecho (ejemplo: concurrencia de acreedores).*

*3) Conflicto con los terceros acreedores. Terceros acreedores son aquellos que tienen un derecho de crédito en relación con una de las partes. La enajenación de un derecho interesa a los acreedores del enajenante, pues ella sustrae de su patrimonio un bien que es parte de la garantía patrimonial de los acreedores. La enajenación puede disminuir la garantía patrimonial de los acreedores del enajenante”.*

#### **IV. El Principio Consensual de Transferencia de la Propiedad Inmueble.**

El Principio Consensual en Nuestras Bases Legislativas.

El principio consensualístico, establece que la voluntad es el único requisito para que opere la transferencia de la propiedad inmueble. De esta forma, el contrato o convención de voluntades, que lógicamente hayan sido válidamente manifestadas, se constituye como instrumento generador del derecho real, es decir tiene efectos constitutivos del derecho propiedad sobre el adquirente.

El Código francés y luego el Código Italiano, constituyen nuestras bases legislativas sobre la transferencia de bienes inmuebles. Así el principio consensualístico, fue instaurado primero por la legislación napoleónica, para ser acogida posteriormente por la legislación italiana, ergo los contratos de disposición y transferencia de la propiedad inmueble, no necesitaron de mayor formalidad que el intercambio de voluntades, esto es la manifestación de la voluntad de transferir y la voluntad de adquirir.

El tratadista Freddy Escobar Rosas, citando a Colin y Capitant, explica que inicialmente Francia acogía la teoría del título y el modo de origen Romano, en la cual el contrato no bastaba para transferir al propiedad, sino que necesitaba de un modo que era la tradición. Sin embargo, la entrega física del bien empezó a reemplazarse por una cláusula *dessaisine – saisine*, la cual era insertada por el notario en la escritura pública, y consistía en una declaración del vendedor de “desapoderarse” de la posesión de la cosa en favor del comprador, y éste a su vez declaraba “apoderarse” de dicha posesión. *“Formalmente la transferencia de propiedad seguía operando en virtud del título y el modo. Realmente, sin embargo, dicha transferencia operaba en virtud del acuerdo de las partes”* (Escobar Rosas 2004, 222)

El Doctor Gonzáles Barrón, explica que *“el principio consensualístico tiene su origen el influyente Código Civil Francés de 1804, el cual llevó a cabo una modificación revolucionaria con respecto al derecho romano, y marcó el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico”*; éste Código consagró el solo consentimiento de las partes contratantes como único requisito para el desplazamiento de la propiedad a

favor del comprador. Ergo ya no era indispensable como requisito ni la tradición de la cosa, ni del pago del precio, ni de formalidad externa alguna, para la validez de la transferencia.

Agrega que en Italia se acogió rápidamente el principio consensual en el Código Civil de 1865, cuyas mismas tendencias consensuales están vigentes el Código Civil de 1942, y que sobre este tema, antes de su codificación, ya la jurisprudencia italiana había emprendido el mismo camino de admitir la eficacia de cláusulas entre las cuales predominaba el pacto de *constitutum posesorio* o tradición fingida, como una aproximación al principio consensual. (González Barrón 2009, 443 y 774)

De otro el autor Argentino Jorge Musto, sostiene que que “*el sistema francés recogió una costumbre que había convertido la tradición en una mera ficción, al suplirla con simples declaraciones efectuadas en cláusulas de los contratos. Pareció a sus autores más prácticos eliminar la ficción, admitiendo que la propiedad se transmitía por la sola convención, descartando el requisito de la tradición*” (Musto 2000, 475).

En esa línea de ideas, el tratadista argentino Guillermo Borda, al referirse a la teoría del título y el modo en la adquisición de la propiedad inmobiliaria, señala que “*en el derecho francés y en el italiano, la transmisión del dominio se opera por el mero contrato; de tal modo que en ellos, no tiene significado jurídico la distinción entre título y modo, trátese de muebles o inmuebles*”. (Borda 1992, 292)

De lo señalado por los citados autores, se entiende que nuestras bases legislativas en el Derecho Francés y el Derecho Italiano acogen el principio consensualístico para regular la transmisión del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. Ergo, el

Código Civil Peruano, recoge en su artículo 949°, dicho principio, estableciendo para la transferencia de la propiedad inmueble un sistema que opera únicamente con la voluntad válidamente manifestada por el transferente y el adquirente.

#### El Título y el Modo Bajo el Principio Consensual.

El autor italiano Francesco Messineo, al referirse al contrato traslativo de dominio como modo de adquirir la propiedad, sostiene que “*el contrato traslativo de cosa determinada y presente, constituye al mismo tiempo, el título (justificación de la transmisión y el modo de adquisición de la propiedad)*”. (Messineo 1954, 331). La misma tesis es acogida por Jack Biggio.

Tal como lo precisa el mismo autor, en nuestra base legislativa italiana en lo que respecta a la adquisición del derecho de propiedad, “*están unificados el título de adquisición (Títulus acquirendi), que era el fundamento de la adquisición, y el modo de la adquisición (modus acquirendi), que era el medio con el cual se realizaba efectivamente la adquisición*”.

Para el mencionado autor, en el sistema italiano de transmisión de la propiedad inmobiliaria, el título y el modo confluyen en un solo acto que es el contrato traslativo. Dicha concepción es plenamente aplicable a nuestro sistema, toda vez que recoge el principio consensual de transmisión de la propiedad sobre inmuebles, y por ende el solo contrato transfiere el derecho del transferente al poder de dominio de adquirente.

Del mismo modo, el autor nacional Aníbal Torres Vásquez sostiene que “*nuestro Código Civil, ha abandonado el sistema del Derecho Romano, del título (el*

*consentimiento), y el modo (la traditio), y ha adoptado el sistema espiritualista del derecho francés para la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles determinados (Torres Vásquez 1998, 362)''.*

Es entendible entonces que el título y el modo en la transferencia de la propiedad están constituidos por un único elemento generador de derechos reales que viene a ser el contrato, entendido como el acuerdo de voluntades manifestadas. Para Francesco Messineo, los contratos de este tipo son denominados contratos con *efectos reales*, en contraposición al contrato *obligatorio*, los cuales implican que la propiedad de la cosa es adquirida por el adquirente en virtud del consentimiento legítimamente manifestado.

No obstante ello, Manuel de la Puente y Lavalle, citado por Freddy Escobar rosas, postula una interesante tesis, mediante la cual nuestro sistema si puede adoptar la teoría del título y el modo, por la manera en que se ha regulado el contrato de compraventa en el artículo 1529° del Código Civil, y la existencia de la transferencia consensual de propiedad inmueble, prevista en el artículo 949° del mismo ordenamiento sustantivo.

En efecto, como el artículo 1529° del Código Civil no le concede al contrato de Compraventa efectos reales sino meramente obligatorios, Manuel de la Puente concluye que el referido artículo le otorga al contrato la condición de título. Ahora, el modo vendría a ser constituido por el artículo 949°, “en tanto atribuye a la obligación creada por el artículo 1529° de dicho Código el efecto traslativo que no tenía”, operando la trasmisión del derecho por el solo consenso. (Escobar Rosas 2004, 237)

No obstante la ineterasente posición del profesor De la Puente, Escobar Rosas, se aleja de dicha tesis toda vez que considera que el artículo 949° del Código Civil no puede ser considerado de manera alguna como un modo. Ello en razón de que se trata de una norma jurídica, y la condición de modo de adquisición de la propiedad solo puede ser asignada a un hecho jurídico.

Bajo esta idea, para el citado autor, el artículo 949° del Código sustantivo “*no requiere la existencia de otro acontecimiento distinto del consentimiento de las partes para que opere la transferencia de la propiedad inmueble*”. Adicional a ello aclara que la obligación de enajenar, prevista por dicho dispositivo, “*no es más que una constitución artificial*”, toda vez que carece de una prestación, esto es de uno de los elementos que conforman a toda obligación. Por tanto el efecto jurídico previsto en el artículo en cuestión tiene que ser atribuido al contrato”. (Escobar Rosas 2004, 249 y 251) Consecuentemente, para Freddy escobar Rosas, nuestro sistema no acoge la teoría del título y el modo.

#### Transmisión de la Propiedad Inmueble en el Perú.

Ese derecho real de propiedad puede ser transmitido de dos formas, una consensual y la otra formal, siendo la primera la que acoge nuestro ordenamiento.

Así, el artículo 949° del Código Civil vigente, establece que el derecho de propiedad sobre un inmueble se transfiere con la sola obligación o el solo hecho de enajenar, es decir por la sola convención o contrato. Ergo la transmisión de la propiedad inmueble en nuestro país es consensual, no requiriendo para su perfeccionamiento algún tipo de

formalidad. Ello no sucede con los bienes inmuebles, en los cuales, para que su transmisión se haya efectuado válidamente se requiere de la tradición del bien.

Al respecto para Eugenio Ramírez Cruz, “*con arreglo al artículo 949º, el sólo intercambio de voluntades o solus consensus, perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Siendo el contrato a la vez título y modo de la transferencia del derecho*”. Los contratos de este tipo, que tienen efectos reales, contrarios a los contratos con efectos obligatorios, implican que la propiedad del bien es adquirida por el adquirente en virtud del consentimiento legítimamente manifestado. (Ramírez Cruz 2007, 236 y 239)

Agrega el citado autor, que en el derecho jurisprudencial peruano, el principio consensual de transmisión de la propiedad inmueble, ha quedado claramente establecido desde antes. De esta forma, cita una ejecutoria suprema referida a un contrato de compraventa, en la que se estipula lo siguiente: “*El contrato de compraventa queda perfeccionado con el simple consentimiento de las partes respecto a la cosa y al precio, aun antes de la entrega del inmueble y del pago del precio. La minuta suscrita y reconocida por el otorgante constituye la prueba del reconocimiento*”. (Ramírez Cruz 2007, 240)

Se entiende entonces que el citado autor nacional, ratifica el principio consensualístico de transmisión de la propiedad inmobiliaria, recogido por el Código Civil. Señalando que las posibles formalidades que se puedan realizar con posterioridad a la transmisión válida del derecho, por ejemplo la suscripción de una

minuta, tienen efectos meramente probatorios de la celebración del contrato, mas no constituyen un requisito indispensable para su perfeccionamiento.

El profesor Gunther Gonzáles Barrón también asume como principio rector en la transmisión de la propiedad inmueble el principio consensual. Así haciendo una referencia al artículo 949° del Código Civil, estima que *“de acuerdo a la tipología de sistemas de transferencia dominical, imperantes en el derecho comparado, es fácil descartar que ésta norma aluda al sistema de la tradición casualizada o al de la tradición abstracta, por cuanto el artículo 949° no establece ningún requisito adicional para la transferencia de la propiedad, operando este efecto de manera automática. En tal sentido nuestro Código opta claramente por el principio consensualístico”*. (Gonzáles Barrón 2005, 743)

Asimismo, el autor nacional Aníbal Torres Vásquez sostiene que nuestro Código Civil ha dejado de lado el sistema Romano que exigía el cumplimiento de un modo, la tradición, para validar la transferencia de la propiedad sobre inmuebles, acogiendo el sistema francés, de temperamento consensual. *“Para el sistema espiritualista o consensual, de transmitir la propiedad inmueble, la sola obligación produce el efecto traslativo de la propiedad. La transferencia espiritual, se produce por efecto directo del acto jurídico por el cual se asume que la obligación de enajenar un bien inmueble determinado, no requiere de la traditio material ni del registro como en el derecho germano”*. (Torres Vásquez 1998, 365 y 366)

Concluyendo, nuestro sistema nacional de transmisión de la propiedad inmueble, ha sido tratado en nuestra legislación actual como un sistema consensual. De esta forma,

el artículo 949° del Código Civil, establece que la propiedad inmueble se transmite con la sola obligación de enajenar. Con la regulación contenida en dicho artículo, no se requiere de formalidad alguna para la transmisión del derecho de propiedad sobre inmuebles, estableciendo como uno requisito la voluntad de enajenar válidamente manifestada.

## **CAPÍTULO III**

### **DISEÑO DE CONTRASTACIÓN**

#### **I. Exposición Discursiva Del Procedimiento De Investigación**

Como primer paso para la elaboración de la presente tesis, se ha procedido a recopilar bibliografía de autores reconocidos, la cual le permita al autor establecer el sistema jurídico legal de transferencia de propiedad inmueble que ha acogido nuestro ordenamiento, verificando sus bases legislativas y principios que lo rigen de manera formal.

Teniendo claro que nuestro ordenamiento legal ha acogido el sistema consensual o espiritual de transferencia de la propiedad inmueble, se ha procedido a analizar la regulación civil sobre transferencia de propiedad inmueble, con la finalidad de establecer a nivel legislativo cuáles son los dispositivos que representan la problemática en la aplicación de este sistema. Específicamente se han analizado los artículos 949°, 1135°, 2016° y 2022° del Código Civil de 1984.

Posterior a ello, se han obtenido datos bibliográficos procedentes de fuentes autorizadas en temas de Transferencia de Propiedad, Derechos Reales, Derecho de las Obligaciones y Derecho de Contratos, los cuales han desarrollado los principales problemas que tiene la aplicación del consensualismo en la transferencia de propiedad inmueble en el Perú.

Una vez obtenidas las opiniones de autores, se ha procedido a comparar dichas posiciones teniendo en cuenta las críticas y comentarios de cada uno de ellos, con el

objeto de establecer una aproximación de uniformidad a nivel doctrinario sobre las características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble en el Perú.

De igual modo, se ha realizado un análisis referencial de jurisprudencia y de sentencias de vista, con el objeto de verificar la inaplicación del principio consensual en la transferencia de propiedad inmueble mediante compraventa, cuando existen controversias generadas a partir de una concurrencia de acreedores y por ende una incompatibilidad de derechos reales sobre un mismo inmueble.

Habiendo entendido y comparado las posiciones doctrinarias, y una vez revisadas las sentencias, se ha procedido a realizar el análisis e interpretación de los datos obtenidos, para luego inferir deductivamente cómo es que viene funcionando en la práctica la transferencia de propiedad inmueble mediante compraventa en nuestro país, logrando obtener un número determinado de características.

Al tratarse de un trabajo de investigación de corte meramente teórico, se ha aplicado el método Dogmático. Asimismo, se ha hecho uso de las siguientes técnicas: i) la lectura analítica y ii) la lectura interpretativa; habiéndose utilizado como instrumento para ello, la Hoja de Ruta, con la cual se ha logrado efectuar una revisión de la literatura de manera ordenada y sistemática.

De otro lado, se ha tomado como unidades de análisis los artículos referidos a transferencia de propiedad inmueble a título oneroso en el Perú, las corrientes doctrinarias sobre transferencia de propiedad inmueble, y las sentencias que han resuelto controversias sobre concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles.

Bajo ese razonamiento, se tiene como universo todos los artículos referidos a transferencia de propiedad inmueble a título oneroso en el Perú, todas las corrientes doctrinarias sobre transferencia de propiedad inmueble, y todas las sentencias que han resuelto controversias sobre concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles.

En tal sentido, como muestra para contrastar las hipótesis planteadas en la presente investigación, tenemos i) A nivel legislativo los artículos 949°, 1135°, 2016° y 2022° del Código Civil de 1984; ii) A nivel jurisprudencial 12 sentencias, 11 sentencias casatorias y una sentencia de vista; y por último iii) A nivel doctrinario dos corrientes literarias, la primera que defiende la posición que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble sigue siendo consensual, y la segunda que postula que nuestro sistema actual de transferencia de la propiedad inmueble no es únicamente consensual.

## **II. Matriz de Consistencia**

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE	SUB VARIABLES	CONCEPTO	INDICADORES
¿Cuáles son las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú?	Determinar las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú	Las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú son: i) la ineficacia probatoria del consensualismo ii) la existencia de un sistema mixto de transmisión de la propiedad inmueble, iii) Inaplicación de un sistema meramente consensual.	El conjunto de las principales características del sistema jurídico legal actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso en el Perú	Ineficacia real a nivel probatorio del principio consensual en la concurrencia de acreedores	Falta de efectos probatorios del contrato de compraventa de propiedad inmueble celebrado con el solo acuerdo de voluntades.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El artículo 949° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 1135° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2016° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2022° del Código Civil.</li> <li>- Sentencias</li> <li>- Posiciones doctrinarias</li> </ul>
				Sistema mixto de transmisión de la propiedad inmueble, consensual, formal y documental.	Convivencia práctica del sistema consensual de transmisión de la propiedad inmueble, con el registro del contrato y su celebración por escrito.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El artículo 949° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 1135° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2016° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2022° del Código Civil.</li> <li>- Sentencias.</li> <li>- Posiciones doctrinarias</li> </ul>
				Imposibilidad de aplicar un sistema traslativo de propiedad	Necesidad efectiva de reconocer un sistema traslativo de propiedad inmueble	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El artículo 949° del Código Civil.</li> </ul>

				inmueble meramente consensual.	mediante compraventa, formal probatorio ( <i>ad probationem</i> )	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El artículo 1135° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2016° del Código Civil.</li> <li>- El artículo 2922° del Código Civil.</li> <li>- Sentencias.</li> <li>- Posiciones doctrinarias</li> </ul>
--	--	--	--	--------------------------------------	---	---

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### I. La Ineficacia Real Probatoria del Principio Consensual en la Concurrencia De Acreeedores.

La Forma Probatoria en el Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble.

##### 1. La forma en los contratos

En principio debemos señalar que todo contrato tiene una forma de celebración, tanto así que hasta la ausencia de un formalismo, constituye la forma de celebración de los contratos consensuales, es por ello que para estudiar el presente capítulo debemos entender con claridad la diferencia entre forma y formalidad.

*En relación a ello, el profesor Aníbal Torres Vásquez señala lo siguiente “En el sentido riguroso de las palabras, una cosa es la forma y otra la formalidad. La forma es el modo como se exterioriza la voluntad. En ese sentido todo acto jurídico tiene una forma. La formalidad es el modo dispuesto por la ley ó por la voluntad, el mismo que debe observarse necesariamente al hacerse la declaración para que el acto exista válidamente.” (Torres Vásquez 2008, 339).*

De igual forma el profesor De La Puente y Lavalle señala lo siguiente “*Todo contrato por ser la declaración conjunta de una voluntad, debe tener una forma, que es aquella mediante la cual se hace la declaración conjunta (oral, escrita, por signos, comportamientos).*” (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 141).

El mismo autor agrega *“El rol que cumple la forma radica, precisamente, en ser el vínculo mediante el acuerdo de voluntades se exterioriza y es percibido por los demás. Pero para que la forma cumpla este rol se requiere que sea idónea para hacerlo, esto es que sea entendida como una declaración.*

*Para aclarar más es concepto de forma, conviene distinguirla de la formalidad. Se entiende por tal las forma que es exigida por la Ley para que la declaración de voluntad tenga determinado sentido y produzca un cierto efecto.”* (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 142).

En efecto, para el citado autor carecería de sentido hablar de contratos no formales, desde que en toda contratación es necesaria un forma para expresar la voluntad, sin embargo, para efectos de un mejor entendimiento de la diferencia entre forma y formalidad, en sentido técnico jurídico es permisible la distinción entre contratos formales y no formales.

En ese sentido el profesor De La Puente señala que *“Parecería un despropósito hablar de contratos no formales, desde que todo contrato, para serlo, debe revestir una forma. Sin embargo para facilitar la comprensión del rol que juega la forma en los contratos, se admite en sentido técnico jurídico, que sólo son formales los contratos para los cuales la ley o la voluntad de las partes, exige una forma determinada.”* (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 143)

A diferencia de los sistemas que alguna vez acogieron el formalismo propio de la teoría del título y el modo, como ha quedado establecido en el capítulo anterior, nuestro sistema está previsto legislativamente como consensual, estableciendo la

formalidad para algunos contratos como supuesto de excepción. No obstante ello, la formalidad ad probationem sigue vigente, dada la necesidad de acreditar la existencia del contrato y su tiempo de celebración.

*El autor Aníbal Torres Vásquez sostiene al respecto lo siguiente: “El formalismo es la característica propia de los derechos primitivos en los cuales la eficacia de los actos jurídicos no dependía de la voluntad de las partes sino del cumplimiento de formas rituales En el Derecho moderno, renace la forma (neoformalismo), pero no como el formalismo ritual del Derecho primitivo, sino como forma impuesta por razones de seguridad, publicidad y prueba de existencia y contenido del acto, con el fin de salvaguardar el derecho de las partes y de los terceros”. (Torres Vásquez 2008, 334).*

Bajo esa línea de ideas, el consensualismo estará definido por la ausencia de formalidad en la contratación, lo cual significa que la Ley no establece para dicho contrato una forma definida bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de establecer formalidades probatorias a efectos de garantizar, no la transferencia del derecho, sino su probanza y la seguridad jurídica del adquirente.

*Tal como lo establece Torres Vásquez “El principio es la libertad de formas, el consensualismo, y la excepción el formalismo. El consensualismo significa que la voluntad se puede expresar de cualquier manera, como lo decida el sujeto o sujetos que intervienen en el otorgamiento del acto, pero, en ocasiones, siempre habrá necesidad de proteger a una de las partes, para garantizarle que preste su consentimiento con pleno consentimiento de causa (con suficiente reflexión), o para*

*proteger a terceros interesados haciéndoles conocer la existencia del acto, o para darle certeza y facilitar la prueba de sus existencia, o para facilitar la interpretación y ejecución del acto o negocio jurídico, razones por las que excepcionalmente se establecerán formas solemnes como condición indispensable para su validez.”* (Torres Vásquez 2008, 340).

Bajo esa línea de ideas, la ausencia de formalidad en la contratación constituye el primer tipo de forma a estudiar, esto es la forma consensual, mediante la cual el contrato puede ser celebrado sin mayor ritual que el acuerdo de voluntades, toda vez que la propia legislación no ha establecido una formalidad determinada para que el contrato sea válido y eficaz.

De otro lado, cuando la Ley impone una forma determinada a la contratación, estamos frente a una formalidad. Ahora bien, resulta necesario distinguir la formalidad probatoria de la formalidad solemne, la primera será aquella impuesta por la Ley bajo sanción de nulidad, es decir su inobservancia genera la inexistencia del contrato. Mientras que la segunda, se exige como mecanismo idóneo para probar el contrato.

*De La Puente Y Lavalle establece lo siguiente “Son contratos formales aquellos que tiene una forma impuesta por la Ley o por la voluntad de los contratantes, con el carácter de “esencial”. Estos contratos se subdividen en contratos formales ad probationem (la forma se exige para la prueba del contrato) y contratos formales ad solemnitatem (la forma se exige para la validez del contrato).*

*En el caso de la forma ad probationem, ella es impuesta por la ley o el acuerdo de voluntades, de tal manera que si no se observa la forma no hay manera de acreditar la existencia del contrato.” (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 143).*

El profesor Torres Vásquez, explica que para distinguir una formalidad probatoria de una solemne, basta con remitirse a la Ley y verificar si está prevista bajo sanción de nulidad o no. Así el autor realiza la siguiente pregunta: “¿Cómo saber si estamos frente a una forma probatoria o una forma solemne? La respuesta es la siguiente: si la ley señala una forma sin sancionar su inobservancia con la nulidad del acto, es probatoria, si la ley señala una forma sancionando su inobservancia con la nulidad del acto, es solemne.

*Cuando se exige una forma para el otorgamiento del acto, se habla de formalidad o formalismo para referirse tanto a la forma probatoria como a la solemne. Pero en todo rigor de la palabra formalidad es igual a solemnidad (forma, formalidad o formalismo = solemnidad)”. (Torres Vásquez 2008, 338).*

*“Las formalidades impuestas por la ley pueden ser obligatorias o necesarias (ad substantian), cuya ausencia produce la nulidad del acto, o pueden ser probatorias (ad probationem), en cuyo caso es mejor hablar de forma de la prueba que de forma del acto”. (Torres Vásquez 2008, 345).*

Manuel de la Puente y Lavalle sostiene que la ausencia de forma probatoria ocasiona la ineficacia del contrato, toda vez que sería imposible su probanza cuando es negada, por ejemplo en una concurrencia de acreedores, mientras que la forma

solemne, trae consigo la nulidad del contrato por no haberse cumplido con uno de los elementos de validez, es decir la forma prevista por la Ley.

En efecto el citado autor sostiene que *“La diferencia fundamental entre estas dos clases de forma es que, si bien ambas son impuestas, la ausencia de la forma ad probationem determina la ineficacia del contrato, puesto que no hay otra manera de acreditar su existencia (que es efectiva) cuando ella es negada, mientras que la de la formalidad ad solemnitatem, da lugar a la inexistencia del contrato.*

El mismo autor citando a MIRABELLI, sostiene que en la realidad práctica *“la inobservancia de la forma conduce a consecuencias análogas en ambos casos, en cuanto al acto que no revista la forma ad probationem, no puede hacerse valer, no produce en realidad efecto alguno, al igual que el acto inexistente por deficiencia de la forma requerida ad solemnitatem”.* (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 144)

*Asimismo, el autor Francisco M. García Sayán sostiene “El Código dispone que, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto (artículo 144). Esta norma explica la distinción entre los actos ad substantiam y ad probationem; para los primeros, la omisión de la forma determina que la voluntad no se declara de un modo que el acto pueda surtir efecto; para los segundos, la ausencia de la forma produce efecto en los medios procesales para probarlo”.* (Moreyra García Sayán 2005, 144)

No obstante los alcances sobre los tres tipos de forma en la contratación que prevé nuestro ordenamiento actual y que son plenamente aplicables, pasaremos a examinarlas con mayor detalle.

### **1.1 La forma consensual:**

El autor Aníbal Torres Vásquez señala que *“Son actos no formales aquellos para los cuales el ordenamiento no señala una forma, pudiendo los interesados usar la que juzguen conveniente (verbal, escrita, alfabetos convencionales, etc.) La manifestación de la voluntad es válida como quiera que se haga. (...) A los actos bilaterales o plurilaterales no formales e les denomina consensuales cuando se perfeccionan por el simple consentimiento, por ejemplo la compraventa que se perfecciona por el simple acuerdo entre el vendedor y comprador, sin necesidad de la entrega del bien ni el pago dl precio, ni de la observancia de ninguna formalidad”*. (Torres Vásquez 2008, 89 y 90).

De igual modo el profesor Fernando Vidal Ramírez al comentar la forma voluntaria en el acto jurídico, señala que *“Es la forma que los interesados adoptan en jeercicio de sus autotnomía de la voluntad. Es la forma llamada también libre o convencional, que preferimos denominar voluntaria porque es indicativa de la libertad para su adopción y, pudiendo reusltar de la convención es, por ende, voluntaria”*. (Vidal Ramírez 2005, 143)

El citado autor agrega que *“La noción de forma avoluntaria se vincula, obviamente, a la de los actos de forma voluntaria, que se caracterizan por su consensualidad, es decir por perfeccionarse con la sola voluntad del o de los*

*celebrantes, sin que la declaración deba revestir formalidades predeterminadas por la ley, como por ejemplo, la compraventa, que se formaliza con el solo consentimiento de las partes” (Vidal Ramírez 2005, 143)*

Del mismo modo, el autor Manuel Miranda Canales al tratar la forma en la contratación, sostiene que los contratos consensuales son *“Aquellos que se perfeccionan con el simple consentimiento. Sin embargo a pesar que los contratos consensuales son los más, es conveniente que se concretice en un documento, para no correr el riesgo de quedarse en promesa de contrato o precontrato. Ejm. La compraventa de bienes inmuebles”* (Miranda Canales 2007, 67).

De otro lado el autor Luis Romero Zavala señala que *“son contratos consensuales los que se perfeccionan por el simple consentimiento, con ausencia de toda formalidad y sin que sea necesaria la entrega del bien. El acuerdo recíproco de las partes resulta suficiente , la fórmula es: solus consensus obligat. Estos contratos están inmersos en la corriente doctrinaria del consensualismo, donde contrato consensual quiere decir contrato verbal u oral”* (Romero Zavala 2008, 66)

El citado autor agrega que *“Los contratos consensuales están eximidos de formalidad, por lo que su existencia es resultado del simple acuerdo entre las partes; se trata entonces de un contrato verbal u oral (aunque se diga que ésta es también una forma: la forma oral). El problema radica en acreditar su*

*existencia, sobre todo, ante un contratante de mala fe, cuando es consciente de no existir prueba alguna y niega el contrato” (Romero Zavala 2008, 69).*

## **1.2 La Forma Probatoria:**

El profesor De La Puente Y Lavalle señala que *“En el caso de la forma ad probationem, ella es impuesta por la ley o el acuerdo de voluntades, de tal manera que si no se observa la forma no hay manera de acreditar la existencia del contrato.”* (De La Puente Y Lavalle, 2011, pág. 143).

Si bien es cierto, la forma probatoria está impuesta por la Ley sin sancionar su inobservancia con la nulidad del acto, ésta genera la ineficacia del contrato cuando su existencia es negada, toda vez que no podrá ser probado, lo cual se corrobora en los casos de concurrencia de acreedores en los cuales será preferido el acreedor que haya cumplido con la forma probatoria.

El autor Aníbal Torres Vásquez sostiene que *“La forma probatoria (forma ad probationem) no es un requisito de validez del acto jurídico; se puede prescindir de ella sin que por eso se vea afectada la validez y eficacia del acto. La formalidad impuesta por la ley sin sancionar su inobservancia con la nulidad sirve únicamente para facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acto; tiene una función procesal y no sustantiva, por ser un medio probatorio y no un elemento necesario para la validez del acto. Constituye un principio de prueba de la existencia del acto, cuya eficacia dependerá de la clase de documento que se adopte; el documento público producirá mayor convicción*

*que el documento privado sobre la existencia y contenido del acto.” (Torres Vázquez 2008, 345).*

*“En los actos con forma probatoria y también en los no formales, no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo (ART. 225). El Documento ad probationem, fijado por la ley o por las partes tiene por única finalidad facilitar la existencia o el contenido de un acto jurídico que se presupone celebrado y perfeccionado antes de su documentación, por la sola manifestación de la voluntad de las partes.” (Torres Vázquez 2008, 345).*

Sin perjuicio de lo señalado por el citado autor, si bien es cierto la inobservancia de la forma probatoria no es sancionada con la nulidad del acto, pues sólo tiene una función procesal y no sustantiva, y además el acto jurídico se presupone celebrado y perfeccionado, en caso de no acreditarse la existencia del contrato en una concurrencia de acreedores, el adquirente pierde el derecho y será preferido aquel que si cumplió con la forma probatoria. Lo cual en la práctica se traduce la inseguridad jurídica del adquirente y la ineficacia del contrato.

En efecto, tal como lo establece el autor Francisco M. García Sayán *“La forma también guarda relación con la prueba del acto, desde que es el medio que sirve para reconocer la declaración y el acto que resulta de ella, en un tiempo posterior. A mayor formalidad más fácil será la prueba de la existencia del acto y de su contenido. Hay que tener presente que un acto que no puede probarse es como si no hubiera existido. Es decir, el acto puede haberse formado porque las*

*partes usaron una forma admitida para el tipo de acto celebrado, como por ejemplo, la forma oral para un contrato de compraventa, pero si alguna cuestión controvertida se suscitara, los jueces podrían declarar que no existió tal acto, o se le podría atribuir un contenido que realmente no tuvo” (Moreyra García Sayán 2005, 140)*

El mismo autor agrega que *“Hay actos jurídicos solemnes, pero para los cuales la forma no está impuesta bajo pena de nulidad sino solo para los fines de la prueba, ad probationem tantum. De este modo, si no se sigue la forma señalada el acto es válido y puede, por regla general, acreditarse mediante otros medios probatorios; pero si se ha utilizado la forma recomendada por la ley, esta constituirá la prueba dominante, que desplaza en caso de duda o discrepancia, cualquier otra prueba. En estos actos, la ley inviste a la forma del carácter de prueba privilegiada, que prevalece en juicio sobre cualquier otra que pueda presentarse.” (Moreyra García Sayán 2005, 142)*

De otro lado es necesario señalar que el artículo 1412 del C.C establece que cuando la ley o el convenio de la partes establezcan que el acto deba ser elevado a escritura pública o deba cumplirse alguna otra formalidad probatoria, éstas pueden compelerse recíprocamente a cumplir con dicha formalidad

En relación a ello, Aníbal Torres sostiene, que *“Hubiese sido suficiente y claro que el artículo 1412 disponga que “si por mandato de la ley o por convenio debe cumplirse una forma probatoria, las partes pueden compelerse a llenar la formalidad requerida”. Sin embargo, tratándose de contratos sobre bienes*

*inmuebles, la realidad práctica aconseja que se establezca una regla general por la cual el derecho de exigirse recíprocamente el otorgamiento de la escritura pública comprenda tanto los contratos consensuales como los contratos con forma probatoria” (Torres Vásquez 2008, 358).*

La aplicación jurisprudencial de la solución legal a la concurrencia de acreedores y de los principios de oponibilidad y prioridad registral, corrobora que la inscripción de un título de propiedad inmueble, se constituye en la práctica como una formalidad ad probationem, dado el valor probatorio de la inscripción frente al valor probatorio limitado de los títulos no inscritos. En efecto la Corte Suprema mediante sentencias como la recaída en el expediente CAS. N° 2496-2012 LIMA sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 19 de setiembre del 2012, ha establecido lo siguiente:

*“Tercero.- (...) se advierte que los fundamentos expuestos por el impugnante en nada influyen lo resuelto por el juzgador, quien ha concluido que en el presente proceso sobre mejor derecho de propiedad, **la parte demandada ha acreditado su derecho de propiedad sobre el bien sub litis, en mérito de la escritura pública de fecha diecinueve de junio del año mil novecientos cuarenta y uno, inscrita en los Registros Públicos el catorce de setiembre de mil novecientos cuarenta y dos, conforme consta de la Ficha Registral número cuatro seis dos ocho tres dos seis cero, la cual prevalece sobre aquel derecho que alega tener el demandante, esto es, por no haber demostrado su derecho de propiedad, respecto al inmueble sub Litis”.** (El resaltado en negrita es mío).*

De este modo, la casuística nos demuestra que la inscripción del título de propiedad inmueble cumple una función probatoria determinante al momento de acreditar la titularidad del derecho, cuando existen varios acreedores sobre el mismo bien. Bajo ese mismo razonamiento, la Corte Suprema mediante la sentencia recaída en el expediente CAS. N° 1649-01 CHINCHA sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 24 de abril del 2003, ha establecido lo siguiente:

*“En cuanto a su primer extremo, referida a la aplicación indebida de los artículos novecientos veintitrés, dos mil doce y dos mil catorce del Código Civil, debe señalarse que no se aprecia que ésta denuncia in iudicando tenga asidero, pues en atención a las conclusiones arribadas por las instancias de mérito, resulta lógico y coherente que los pronunciamientos de mérito se hayan amparado en los dispositivos legales citados, en la medida que evidentemente protegen el derecho de quien cuenta con una inscripción registral más antigua frente a quien pueda ser titular de un derecho de reciente data”.*

### **1.3 La Forma Solemne.**

El profesor Torres Vásquez señala que *“La forma solemne (ad solemnitatem) es requisito de validez del acto jurídico. No tiene una función simplemente probatoria, sino que es una forma esencial: ad escentiam, ad solemnitatem, ad substantiam o ad validatem, sustantiva cuya inobservancia invalida el acto jurídico, por disposición expresa de la ley que prescribe que “El acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita por la ley. La solemnidad vale el acto*

*jurídico mismo; es un elemento constitutivo del acto y, por consiguientes, el único medio probatorio de su existencia.” (Torres Vásquez 2008, 347).*

Efectivamente, la forma solemne, conocida también como forma ad substantiam, ad escentiam, ad validatem o ad solemnitatem, es aquella forma impuesta por la Ley bajo sanción de nulidad. Este tipo de formalidad, constituye un elemento de validez del acto jurídico, la forma prevista por la ley, sin la cual, la contratación no es válida y trae consigo la nulidad del acto jurídico.

Aníbal torres Vásquez al comentar las ventajas de la forma solemne, sostiene lo siguiente *“La forma especialmente la escrita, ofrece la garantía de seguridad que no ofrece la prueba libre. En la realidad práctica, cuando el acto es de prueba libre, por lo que se puede celebrar verbalmente, es frecuente que los otorgantes lo hagan por escrito, procurándose así una prueba preconstituida del acto”*

De igual forma señala que mediante la forma solemne se *“protege a los terceros por medio de la publicidad, la cual permite el conocimiento del acto por parte de terceros. El acto jurídico tiene siempre una repercusión social. Si bien es cierto que por regla, el acto solo vincula a las partes, ello no impide que la existencia del acto se imponga a terceros, quienes deben respetarlo, no pudiendo hacer nada que perjudique a los otorgantes ni alegar que no están obligados a tomar en cuenta el acto jurídico ajeno”* (Torres Vásquez 2008, 356).

No obstante que la publicidad del contrato constituye la mejor forma de hacerlo oponible erga omnes, no es la única formalidad que la Ley ha establecido como esencial para algunos contratos, pues existen distintas formas solemnes como la escritura privada, la escritura pública y por último la inscripción en el Registro. Sin embargo, se suele identificar a menudo la formalidad con escritura pública, siendo en realidad esta última sólo parte de la primera.

Al respecto, el autor Aníbal Torres Vásquez señala que *“No hay que confundir solemnidad con escritura pública como suele ocurrir en nuestro medio. La solemnidad está establecida por la ley (o en su caso por la voluntad) y puede consistir en la escritura privada, o en la escritura pública, o en la inscripción en los registros públicos, etc”*. (Torres Vásquez 2008, 347).

## **2. La Compraventa como contrato Ad Probationem.**

Como ha quedado expuesto, la Compraventa es un contrato regulado legislativamente como consensual, toda vez que para la transferencia del derecho de propiedad, se requiere únicamente del consentimiento del comprador y del vendedor, es decir, del mutuo acuerdo respecto al bien y al precio.

Ahora bien, una concurrencia de acreedores generada específicamente por una doble venta de bien inmueble, va a ser solucionada aplicando el orden de preferencia establecido por el artículo 1135° del Código Civil vigente, en el cual, será preferido el acreedor que inscribió primero su derecho de propiedad, y en defecto de la inscripción, el acreedor que posea título de fecha más antigua, siendo preferido para este último supuesto, quien posea título de fecha cierta más antigua.

A pesar que el contrato de Compraventa está regulado bajo una forma consensual, la aplicación del orden prelatorio entre acreedores prevista por el artículo 1135° del C.C, termina por desnaturalizar la plena aplicación del consensualismo en este contrato, para otorgarle indirectamente una forma probatoria, la cual sería la inscripción en registros públicos, y en su defecto, la celebración del contrato mediante documento de fecha cierta.

Basta revisar el artículo 1605° del Código Civil que regula la forma probatoria del contrato de Suministro, de conformidad con el cual *“La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.”*. El citado dispositivo, le otorga a la forma instrumental o escrita el mayor valor probatorio a efectos de probar el derecho. Lo mismo sucede con la solución legal a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble.

En efecto, analizando la *ratio legis* del artículo 1135° del C.C, la solución a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble se puede parafrasear en el siguiente texto: *la compraventa de bien inmueble puede probarse con cualesquiera de las formas que permite la ley, sin embargo, si hubiera sido inscrita en Registros Públicos, el mérito de la inscripción prevalecerá sobre el título de fecha cierta, y el mérito de este último prevalecerá sobre el documento privado.*

En relación a ello, el reconocimiento del mayor mérito probatorio de la inscripción del contrato de Compraventa de bien inmueble, es un criterio uniforme a nivel

jurisprudencial, tan como se verifica en la sentencia casatoria recaída en el expediente N° CAS. N° 2107-2003 AREQUIPA, sobre Reivindicación, de fecha 20 de mayo del 2005, en la cual ha quedado establecido lo siguiente:

*“Sexto: (...) que luego de un análisis ponderado de los elementos probatorios aportados por las partes procesales, se tiene que la Asociación demandante acreditó su derecho de propiedad sobre una extensión de dieciocho mil ciento noventiséis metros cuadrados, propiedad que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble desde el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa; sin embargo, los demandados en el proceso han referido ser propietarios de una extensión de terreno aproximadamente de doscientos noventinueve punto veinte metros cuadrados, en mérito a la escritura de compra - venta (copiada a fojas treinticuatro) celebrada con don Cipriano Cruz Tito, documento que no se encuentra inscrito en el registro de la propiedad Inmueble, y mucho menos a nombre de los demandados ni a nombre de su transfiriente, por lo que los documentos presentados por la Asociación demandante como medios de prueba glosados a su escrito de demanda, merecieron mayor fe que la escritura de los demandados. El resaltado en negrita es mío)*

De otro lado, la realidad socioeconómica actual de nuestro país, es distinta a la que hubo en el año 1984, año de promulgación del Código Civil vigente. En definitiva, el tráfico comercial de inmuebles ha aumentado de manera significativa, el cual, sumado a aspectos sociales como el alto nivel de delincuencia y la crisis de valores, trae consigo un mayor riesgo de estafas generadas a partir de dobles ventas.

Es verificable en la realidad, que siendo la compraventa un contrato consensual, no existen compradores que se arriesguen a celebrar su contrato de manera oral o verbal. Por el contrario, cuando menos suscriben un documento privado con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz letrado. Más aun, actualmente se aprecia que es una práctica habitual la celebración del contrato mediante escritura pública. Sin embargo, la inscripción en registros públicos sigue siendo un procedimiento no general.

Por consiguiente, la forma consensual en el contrato de Compraventa no es aplicada en la realidad por los contratantes, situación por la cual el cumplimiento del principio por el cual el derecho responde a hechos de la realidad, nuestra legislación debería regular a la Compraventa como un contrato con formalidad probatoria, dada en primer término por la inscripción registral y en su defecto por el título de fecha cierta.

## Efectos del Principio Consensual en la Concurrencia de Acreedores Sobre Bien

### Inmueble.

#### 1. La Concurrencia de Acreedores y la Prioridad en el Tiempo de la Inscripción.

Para Francesco Messineo, la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, que él denomina “*incompatibilidad o conflicto entre derechos subjetivos*”, puede tener tres vertientes:

“a) que transferido un derecho de propiedad, que tenga por objeto una cosa (o parte de una cosa) inmueble, el mismo transferente transfiera de nuevo aquel derecho a otro sujeto:

*b) o bien que, transferido el derecho de propiedad a un sujeto, el mismo transferente constituya, sobre la misma cosa inmueble, a favor de otro sujeto un derecho real limitado incompatible con el derecho de propiedad antes transferido (Ejm. Usufructo, Hipoteca, Servidumbre)*

*c) o bien que transferido un derecho real limitado, le transferente lo transfiera una segunda vez a otro” (Messineo 1954, 566).*

Para la presente investigación, nos ocuparemos únicamente del primero de los supuestos, es decir cuando el derecho de propiedad sobre un inmueble, una vez transferido, vuelva a ser objeto de contrato teniendo como resultado a dos o más adquirentes del mismo derecho de propiedad sobre el mismo bien inmueble.

Para el citado autor surge entre los acreedores un conflicto de derechos, cuya solución más cercana sería la preferencia del primero en orden de tiempo en detrimento del otro sujeto que es segundo en orden de tiempo. Sin embargo, la legislación italiana y nuestra legislación ha determinado que a pesar de que puedan existir títulos con el más mínimo soporte probatorio, por ejemplo un papel firmado por las partes, se preferirá el título que haya sido debidamente inscrito.

Ergo, en sentido estricto, el orden de tiempo en que fue adquirido el derecho no opera como factor para determinar la preferencia de un acreedor frente a otros. Sino que se tomará en cuenta el orden de tiempo de la inscripción del título. En ese sentido, refiere Messineo “*que no cuenta la prioridad de fecha (supuesta, por definición cierta), del título de la adquisición, si no que cuenta la prioridad (de fecha), en la inscripción de dicho título, teniendo la preferencia el primero o aquel*

*que sea el único en inscribir. De esta forma, vale el orden cronológico de las inscripciones, no el orden cronológico de los actos de inscripción”.* (Messineo 1954, 566).

La jurisprudencia peruana aplica la prioridad en el tiempo de la inscripción para solucionar conflictos de concurrencia de acreedores sobre inmuebles, al tomar en cuenta los principios de concurrencia de acreedores y de prioridad registral, por los cuales, el tiempo en la inscripción del derecho otorgará la preferencia al acreedor. Como ejemplo podemos mencionar la sentencia casatoria recaída en el expediente CAS. N° 390-2008 LIMA NORTE sobre Reivindicación, de fecha 29 de abril del 2008 que establece lo siguiente:

*“el derecho de los demandantes se encuentra inscrito en registros públicos desde el veinte de noviembre del año dos mil dos, mientras que el de los demandados fue adquirido con posterioridad, esto es, por Escritura Pública de Derechos y Acciones del once de agosto del año dos mil tres y no se encuentra inscrito en registros públicos, razón por la que concluye que el derecho de los demandantes está protegido por los principios registrales de publicidad y legitimación, al estar en discusión derechos de la misma naturaleza, agregando, que **le son aplicables también los principios registrales de concurrencia de acreedores, prioridad registral, oponibilidad de derechos reales y fe pública registral, razón por la que se determina que el derecho del hoy recurrente no puede oponerse al de los demandantes”.** (El resaltado en negrita es mío)*

## **2. Función de la inscripción del contrato traslativo de propiedad inmueble.**

La inscripción registral, es el procedimiento por el cual se inscribe un título traslativo de propiedad en el Registro de la propiedad inmueble, mediante el cual se otorga publicidad al referido derecho, haciéndose cognoscible por todos y oponible a terceros.

Para Francisco Avendaño Arana, *“modernamente existen dos formas de publicitar un derecho de propiedad, la posesión y el registro, la posesión es un mecanismo no tan perfecto como el registro, pero es menos costoso para ciertos bienes. En ese sentido, las dos formas de publicidad son válidas, sin embargo, su importancia se verificará de acuerdo a los bienes que se pretendan inscribir, de esta forma, al tratarse de bienes inmuebles la mejor forma de publicitar un derecho de propiedad será su inscripción en los Registros Públicos”*. (Muñiz Zichez 2000, 619 y 630)

Para Francesco Messineo, la inscripción registral no puede ser calificada como forma ya que no es en sí misma un medio escrito que sea utilizado para probar un hecho, ya que requiere de una forma previa como la escritura pública. En ese sentido, *“el Registro público sólo tiene una función indirectamente probatoria, en cuanto hace fe del hecho que existe un documento que contiene el título, del hecho que se ha transcrito el título y de su fecha de inscripción; pero no hace fe de que el título de adquisición y la adquisición sean válidos”*. (Messineo 1954, 572)

Desde dicho punto de vista, resulta cuestionable que la solución legal a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, contenga una preferencia al acreedor que haya inscrito su título, ya que en realidad el registro no puede acreditar la validez del título traslativo. Es necesario señalar que le mismo autor ha señalado

que un título traslativo de propiedad inmueble no es plenamente eficaz, sino hasta su inscripción en el registro. En consecuencia, si la inscripción se basa en un documento de fecha cierta, éste instrumento debería ser suficiente para determinar la preferencia del acreedor que adquirió el derecho primero en el tiempo.

Al referirse específicamente a la función que tiene la inscripción registral del título traslativo, frente a la concurrencia de acreedores, el autor italiano sostiene que la *“Ley deroga el principio de prevención que operaría en favor del derecho subjetivo del primer causahabiente, y da preferencia al derecho subjetivo del segundo o ulterior causahabiente, si éste inscribe el propio título de adquisición antes que el primer causahabiente, o si es el único en inscribir. De esta forma se otorga a la transcripción una función discriminadora”*. (Messineo 1954, 566)

Posteriormente, agrega que *“el tercero que ha transcrito, puede él sólo, oponer al adquirente de fecha anterior que no haya transcrito, o que haya transcrito después la propia adquisición, y, por tanto, tener la preferencia sobre él. Así pues, sin la transcripción, la eficacia subjetiva del acto puede repercutir en el acto ajeno cuya transcripción se haya cuidado; la cual, así, viene a limitar la eficacia subjetiva (oponibilidad) del acto no transcrito”*. (Messineo 1954, 566).

De otro lado, en su libro *“Doctrina Genaral del Contrato”*, Messineo explica resumidamente que el registro del contrato tiene dos funciones, una de derecho material y otra de derecho procesal. La función de derecho material, que es la que nos interesa en la presente investigación, no consiste exclusivamente en otorgar publicidad al contrato, sino constituir un medio de prueba, es decir *“de simple*

*certificación (necesario tan solo con efectos a los terceros) de la existencia legal, del contrato y de su fecha).* (Messineo 2007, 306)

### 3. **La ineficacia del contrato traslativo de propiedad inmueble no inscrito.**

La concurrencia de acreedores sobre bien inmueble está regulada en el artículo 1135° del Código Civil vigente, en el cual se establece un orden de derecho preferente para los acreedores que hayan adquirido un mismo inmueble. De esta forma, se prevé que tendrá preferencia aquel acreedor que tuvo la diligencia de inscribir su derecho en el Registro de la propiedad inmueble, en su defecto se preferirá al acreedor que cuente con título de fecha cierta más antigua, y a falta de éste, se preferirá al acreedor con título de fecha anterior.

La solución legal que nuestro Código ha dado a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble es lógica y entendible, toda vez que no pareciese haber otra salida que el formalismo, claro está, según la mayoría de posiciones, no como requisito para la transferencia del derecho sino como una limitación al mismo.

Esa limitación puede ser correcta en la medida en que el propio artículo 949° prevé una salvedad a la transmisión consensual de bienes inmuebles. Así, establece que *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*.

En ese sentido se pronuncia el autor nacional Eugenio Ramírez Cruz, quien señala que *“la frase “salvo disposición legal diferente”, permite agregar que el enunciado del artículo 949° no es de carácter absoluto, sino que está limitado por otras disposiciones legales como sucede verbigracia, en el caso de la concurrencia de*

*acreedores de una obligación de dar (que se presenta cuando el vendedor ha vendido el mismo inmueble a varias personas)” (Ramírez Cruz 2007, 238).*

Sin embargo, dicha limitación sumada a la oponibilidad de derechos reales contenida en el artículo 2016°, traen consigo la ineficacia del principio consensual respecto a determinadas situaciones. Así, si una compraventa que fue válidamente celebrada con el solo contrato, no cumple con un acto que en la práctica deviene en formalidad, como es la inscripción, corre el riesgo de no generar efectos si es que alguien adquirió el mismo derecho y tuvo la diligencia de inscribirlo en el Registro de Propiedad Inmueble.

Al respecto, Francesco Mesinneo establece que un título no inscrito es válido pero no eficaz. Así *“la transcripción hace que el título de adquisición –de ineficaz relativamente que podría ser (o llegar a ser) por efecto de adquisiciones incompatibles hechas por otros se convierta en un título eficaz, erga omnes”*. Bajo ese razonamiento se puede afirmar que a todo acto traslativo le debe seguir su inscripción en el Registro. (Messineo 1954, 569)

El mismo autor italiano, agrega que la Validez del título y su posterior inscripción son ambas necesarias, a fin de que la adquisición sea oponible, y con ello eficaz frente a todos los terceros; y, por tanto, *“ninguna de las dos por si sola: validez o transcripción es –es suficiente. Puede haber título válido no transcrito y, por consiguiente ineficaz frente a algunos terceros”*. (Messineo 1954, 569)

Del mismo modo, en otra de sus publicaciones, el autor italiano se ratifica en su idea del contrato consensual y constitutivo de derechos reales, sin embargo, sostiene que

*“la omisión del registro implica, no la invalidez del contrato, sino ineficacia (además de la falta de certeza y cuestionabilidad de su inexistencia legal, y de la fecha por parte de los terceros”.* (Messineo 2007, 306).

De igual forma, el autor Manuel de la Puente y Lavalle, al explicar la forma del contrato, sostiene que la diferencia fundamental entre las formas ad probationem y ad solemnitatem, radica en que la falta de forma ad probationem, significa *“la ineficacia del contrato, puesto que no hay otra manera de probar la existencia (que es efectiva) cuando ella es negada”*, mientras que la falta de un forma impuesta por la Ley, cuya ausencia se sanciona con la nulidad del acto jurídico, determina la inexistencia del contrato (De La Puente Y Lavalle 2003, 144).

Para los citados autores, la falta de inscripción del derecho adquirido repercute en la eficacia subjetiva del acto, es decir, en la oponibilidad del contrato cuando existe conflicto de derechos reales sobre el mismo bien, toda vez que no podrá surtir plenamente sus efectos si es que existe un contrato inscrito con fecha anterior.

La jurisprudencia de nuestro país también se ha pronunciado sobre la ineficacia de un contrato no inscrito en el registro, en efecto la sentencia casatoria recaída en el expediente CAS. N° 703-2011 DEL SANTA., de fecha 13 de diciembre del 2011, sobre mejor derecho de propiedad, establece lo siguiente:

*“Octavo.- Que, el artículo 2016 del Código Civil consagra el principio de prioridad señalando que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro; al respecto se debe precisar que dicha norma debe ser interpretada en forma sistemática con los demás principios que gobiernan*

*las inscripciones, correspondiendo ser concordada con el principio de la buena fe pública registral (...) **Noveno.- Que, en ese orden de ideas el aludido principio protege al tercero adquirente frente a la inexactitud del contenido del registro por cuanto toda enajenación exige aparte de la validez intrínseca del acto mismo, la preexistencia de la facultad de disponer en el enajenante, sin la cual, en principio, la transmisión es ineficaz. En ese sentido el Registro de la Propiedad ha sido instituido para dar seguridad al que realiza una adquisición inmobiliaria, eliminando la posibilidad de que esta resulte ineficaz por no existir derecho en el transferente (...)***". (El resaltado en negrita es mío)

En esa línea de ideas, el contratado traslativo de propiedad tiene efectos constitutivos de derecho, toda vez que constituye en nuestro sistema legislativo, título y modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, requiere para su eficacia entendida como el despliegue pleno de sus efectos, de la inscripción. Así, el mismo derecho podría ser adquirido por un acreedor posterior quien lo inscribe en el Registro de la propiedad inmueble y por ende el contrato celebrado con el primer adquirente será válido, pero no eficaz.

Es verificable que la preferencia del derecho establecida en la solución legal a la concurrencia de acreedores, está determinada por una suerte de formalidad que legislativamente no aparece como requisito para que opere la transferencia de la propiedad. Sin embargo, en la práctica se constituye como una diligencia necesaria para que el contrato traslativo de propiedad inmueble surta sus efectos y sea oponible frente a terceros.

Messineo también señala con excelente lógica que *“el sólo contrato tiene eficacia traslativa y constitutiva plena, o sea que opera sin más tanto entre las partes como respecto a los terceros. Sin embargo, respecto a ciertos terceros, la plenitud del efecto traslativo está subordinada a la transcripción el contrato”*. (Messineo 1954, 331)

De igual modo el autor nacional Francisco Avendaño Arana, en un artículo publicado en el libro El Código Civil del siglo XXI, de Jorge Muñiz Ziches y otros, afirma que *“en materia inmobiliaria, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, ya que el acuerdo de voluntades es suficiente para que la propiedad se transfiera, y al no exigir ningún mecanismo de publicidad, los terceros no tienen como saber que se ha transferido el bien, En estas condiciones, el derecho de propiedad no se puede oponer a todos”*. (Muñiz Zichez 2000, 630)

De ello se colige que el contrato traslativo de dominio válidamente celebrado, pero no inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, no puede surtir plenamente sus efectos y en consecuencia deviene en ineficaz al no ser oponible a terceros.

## **II. La Existencia de un Sistema Mixto de Transmisión de la Propiedad**

### **Inmueble, Consensual, Formal y Documental**

La Inscripción Registral como Procedimiento Necesario para Garantizar la Seguridad Jurídica del adquirente.

Para que nuestro sistema de transmisión de la propiedad inmueble sea meramente consensual, la transferencia del derecho debe requerir únicamente el consentimiento o la obligación de enajenar, sin ser obligatoria una forma determinada. Sin embargo,

en algunas figuras del derecho civil como la solución a la concurrencia de acreedores de bien inmueble, la inscripción del derecho posiblemente se constituye como una forma probatoria que garantiza la seguridad jurídica del adquirente.

El profesor Gunther Gonzáles Barrón, sostiene que “*existen tres sistemas de transmisión de la propiedad, la de El Título y el modo, La Tradición Abstracta, y la transmisión puramente consensual. Esta última tiene su fundamento en el contrato traslativo de dominio. Siendo ello así, la transferencia de propiedad se produce con la conclusión del contrato causal (solo consensu), en tanto allí se consuma la voluntad causalizada de transferir y adquirir*”. Siendo éste último, el sistema acogido por el Código Civil francés, seguido por las legislaciones italiana y portuguesa, entre otras, que buscan, por medio del sistema consensual, simplificar el tráfico de bienes para lograr la mayor circulación de riqueza. (Gonzáles Barrón 2009, 420)

Sin embargo, el mismo autor al explicar el sistema consensual de transferencia de la propiedad, afirma que, “*la existencia de un sistema registral, en el cual se inscriben las titularidades jurídicas sobre los inmuebles, y que además produce importantes efectos de primacía en favor de los actos inscritos sobre los no-inscritos, debe necesariamente hacer pensar que el sistema general de transferencia de derechos ha sufrido una alteración*”. Ya no se puede afirmar que en el Perú rige únicamente un sistema consensualita, ya que ello no pasa de ser una ilusión óptica. Considerando solamente la solución legal al problema de la doble venta inmobiliaria, en donde se prefiere al inscribiente aunque su título sea posterior, se puede verificar que nuestro sistema está cambiando.

Como lo explica el citado autor nacional, actualmente no se puede hablar de un sistema traslativo de la propiedad inmueble únicamente consensual, afirmaciones tienen la mayor lógica. Sin bien es cierto, nuestro sistema registral no es constitutivo de derechos, al menos en la transferencia de inmuebles no, si otorga la preferencia al acreedor que inscribió su título frente a los demás adquirentes que pudieron adquirir el bien con anterioridad y sin embargo, no lo inscribieron.

Ello nos lleva a pensar en la posibilidad de que nuestro sistema admita algún tipo de formalidad, que no representa un requisito para la transmisión válida de la propiedad, pero si se constituye como necesidad para otorgarle eficacia al contrato traslativo, frente a terceros posibles adquirentes. Entonces la inscripción registral del título traslativo de propiedad deviene en una formalidad necesaria, que de acuerdo a nuestro ordenamiento no es obligatoria, sin embargo, de no cumplirla, el adquirente asume el riesgo de perder su bien si es que otro acreedor logra inscribirlo como suyo.

De otro lado, para el autor italiano Francesco Messineo, la inscripción de un contrato traslativo de propiedad inmueble, hace que éste sea eficaz, toda vez que no podrá ser oponible a todos los terceros, más aun cuando, de acuerdo a su propia denominación, puede existir un conflicto de derechos. Ergo, no obstante el derecho ya constituido en poder del adquirente, necesita ser inscrito para desplegar plenamente sus efectos.

De esta forma, el citado autor afirma que en relación a los efectos de la inscripción de un título traslativo de propiedad, no inscrito, éste será válido pero no eficaz. En efecto *“la transcripción hace que el título de adquisición –de ineficaz relativamente que podría ser (o llegar a ser) por efecto de adquisiciones incompatibles hechas por*

*otros se convierta en un título eficaz erga omnes. Agrega que en conclusión, “a todo acto traslativo, constitutivo, o modificativo, debe corresponder una transcripción”.* (Messineo 1954, 569)

El mismo autor señala que *“la Validez del título y transcripción son ambas necesarias, a fin de que la adquisición sea oponible, es decir eficaz frente a todos los terceros; y, por tanto, ninguna de las dos por si sola: validez o transcripción es –es suficiente. Puede haber título válido no transcrito y, por consiguiente ineficaz frente a algunos terceros”.*

En esa línea de ideas, si bien la transcripción no se constituye como un requisito legalmente reconocido, en la práctica se convierte en una diligencia totalmente necesaria. Esta necesidad de inscripción de los títulos traslativos de propiedad tiene matices de formalismo, al darle eficacia plena al derecho de propiedad sobre un inmueble frente a todos los terceros y por ende, no siendo suficiente la celebración consensual del contrato.

Al respecto el autor nacional Eugenio Ramírez Cruz, señala que *“en la práctica queda demostrado que la inscripción registral está impuesta por nuestra legislación cuando se trata de dar solución a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, regulada por el artículo 1135° del Código Civil. Ello en razón de que si bien el sistema francés es atributivo de propiedad con el solo consenso, sin embargo requiere de la inscripción para hacerlo oponible a los terceros”* (Ramírez Cruz 2007, 237), más aun si estos terceros adquieren el mismo bien. En este último caso,

la inscripción del derecho se vuelve indispensable para prevenir el riesgo de pérdida del derecho.

Bajo esa misma línea de ideas, el citado autor, al comentar la justificación de los procesos de Mejor Derecho de Propiedad, en un artículo publicado en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*, señaló que *“en el Perú existen dos formas de adquirir la propiedad de un inmueble, una consensual, y una mediante la inscripción en el Registro para hacerlo oponible a terceros, situación por la cual tales reglas no hacen sino reconocer dos sistemas contrapuestos que regulan la transferencia de propiedad inmobiliaria”* (Ramírez Cruz 2011, 22)

Asimismo, para Alberto Vásquez Ríos, la coexistencia del artículo 949° del Código Civil, que contiene el principio consensual de transferencia de propiedad para bienes inmuebles, con el artículo 1135° del mismo ordenamiento subjetivo, que prevé una solución formalista a la concurrencia de acreedores, significa la existencia de un *“sistema ambiguo”*, toda vez que *“si la doctrina general para la transferencia inmobiliaria es la consensualidad, la excepción rompe este principio, concediendo ventaja a quien primero a inscrito y no al primero que pactó la compra venta”* (Vásquez Ríos 2008, 107)

De otro lado. El Doctor Manuel Miranda Canales, advierte que el texto agregado al artículo 949° de nuestro Código Subjetivo *“salvo disposición legal diferente, representa definitivamente una limitación a la consensualidad, y posibilita la existencia de dos sistemas diferentes de adquirir la propiedad inmueble, los cuales*

*coexisten en un mismo ordenamiento, como son el contrato y la inscripción”*  
(Miranda Canales 2007, 176).

En efecto, sostiene que nuestro ordenamiento establece el principio consensual para la adquisición de bienes inmuebles por el solo acuerdo de voluntades, el cual está regulado en el artículo 949°. Sin embargo, la solución legal a la concurrencia de acreedores, contenida en el artículo 1135° del mismo ordenamiento, permite la existencia de una forma excepcional de adquirir la propiedad, mediante la inscripción.

Es ese sentido, el citado autor sostiene de manera literal lo siguiente: *“por la compraventa inmobiliaria el comprador se convierte en propietario (...) salvo lo dispuesto en el artículo 1135° del Código Civil, que en cierta forma otorga a la inscripción la calidad del modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria”*.  
(Miranda Canales 2007, 176)

Do lo señalado por el profesor Miranda Canales, se entiende que para el caso de la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso, no existe una forma impuesta por la ley que determine su nulidad, sin embargo, el mismo hecho de que tenga una forma ad probationem, constituida por el registro del título traslativo, hace que sea ineficaz frente a algunos terceros, pues no habrá forma de probar que el derecho corresponde a un primer acreedor cuando el bien a sido objeto de una doble venta.

La jurisprudencia de la Corte Suprema que ha resuelto conflictos de acreedores sobre un mismo bien, ha ratificado lo expuesto por los citados autores, al otorgar a la inscripción una función discriminadora y determinante en la solución de dichos

conflictos. Como muestra de ello, basta citar la sentencia casatoria recaída en el expediente CAS. N° 754-2005 APURIMAC del 18 de mayo del 2005, sobre derecho de propiedad preferente y otro, en la cual se ha establecido lo siguiente:

*“Tercero.- Que, en cuanto al punto a), corresponde señalar que el artículo mil ciento treinticinco del Código Civil ha sido debidamente aplicado por la Sala, al determinar la preferencia del derecho de los demandantes por tener su título de propiedad inscrito en registros públicos, a diferencia de la demandada; Cuarto.- (...) en cuanto a los artículos mil trescientos cincuentidós y mil quinientos veintinueve del Código Civil. tales normas regulan el carácter del consensualismo que tienen los contratos de compraventa por acuerdo entre las partes, entre la cosa y el precio; siendo, que su aplicación que ha sido denunciada no va a modificar el pronunciamiento emitido por ambas instancias de mérito, quienes **han determinado el derecho preferente de los demandantes por tener su derecho de propiedad inscrito en los registros públicos**”.* (el reslatado en negrita es mío).

En la actividad jurisdiccional a nivel de instancias, se verifica también que la inscripción del derecho en Registros Públicos juega un papel fundamental al momento de resolver conflictos generados por concurrencia de acreedores. Y con ello se demuestra que en la aplicación práctica del derecho, nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble a título oneroso no es únicamente consensual, dada la trascendencia del registro para garantizar la titularidad del derecho. En efecto, la Segunda Sala Civil del Cusco, en la sentencia de vista recaída en el expediente N° 232-2007 sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 26 de octubre del 2007, ha señalado lo siguiente:

*“Desde la perspectiva complementaria del artículo 1135 del Código Civil, quien es el acreedor preferente del bien, es decir, a quien debiera entregársele el bien, es la sociedad conyugal Ponce – Vargas, conforme a que ésta inscribió su derecho registralmente el trece de setiembre del dos mil cuatro, conforme al asiento dos de la partida registral uno, uno, cero, tres, uno, ocho, cinco, siete (Nº 11031857) (folio 8), pues la sociedad conyugal demandada no ha inscrito su derecho”.* (El resalado en negrita es mío)

Con ello, queda preliminarmente demostrado que no son pocos los autores que le otorgan a la inscripción un nivel de formalidad, no obligatorio pero si necesario, de tal modo que han llegado a considerar que nuestro sistema actual de transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso, es ambiguo. En resumen, la inscripción ha devenido en indispensable, para hacer el título traslativo oponible a los terceros que puedan adquirir la propiedad del mismo bien, constituyendo la única forma de salvaguardar el derecho de propiedad del primer adquirente. De ello, se desprende que la inscripción del contrato y por ende del derecho de propiedad, ha alcanzado un nivel de formalidad que aun no es reconocida legislativamente.

Con ello, no se pretende afirmar que en estos casos nuestro sistema deja de ser consensual para pasar a ser formalista. Simplemente, se trata de explicar que, de hecho, el sólo contrato o intercambio de voluntades genera el efecto traslativo de propiedad, sin embargo éste no será totalmente eficaz mientras no se cumpla con su inscripción, pues existe el riesgo de inscripción de una posterior transferencia. Por consiguiente, con la existencia de una posible formalidad, necesaria mas no

obligatoria, como la inscripción, tenemos un sistema traslativo de la propiedad inmueble a título oneroso, mixto.

## La Relación Jurídica en el Contrato Traslativo de Propiedad Inmueble No Inscrito.

### **1. Efectos obligacionales del derecho de propiedad no inscrito.**

Luego de haber analizado la posible existencia de una formalidad en la inscripción registral de la propiedad inmueble, y el nivel de eficacia que tiene un título traslativo de dominio no inscrito, es necesario estudiar qué tipo de relación jurídica se configura en la concurrencia de acreedores. De esta forma, las relaciones jurídicas que se pueden formar son de tres tipos, personales, reales y obligatorias. Las dos últimas son las que nos interesan analizar en el presente capítulo.

Como señala Messineo, la relación jurídica obligatoria *“es aquella compuesta por dos partes, un sujeto llamado deudor quien se obliga a cumplir determinada prestación “patrimonialmente valorable” frente al acreedor, generando en favor de éste la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la obligación o su equivalente por resarcimiento, en caso de incumplimiento”* (Messineo 1979, 3 y 4)

Las relaciones jurídicas reales, son conocidas normalmente como el derecho sobre la cosa, es decir es la relación que tiene el titular sobre un bien del cual ostenta la posesión o la propiedad. Para el autor Alfredo Bullard, las relaciones jurídico reales tienen dos planos o coordenadas. El primer plano *“de carácter inmediato”*, constituido por el poder que el titular puede ejercer sobre todos los bienes que son el objeto de su derecho. Y el segundo, el *“de carácter absoluto”*, en el cual el titular tiene la facultad

de hacer eficaz su derecho frente a todos o respecto a una determinada persona.  
(Bullard G. 1990, 185 y 186)

No obstante la clara distinción entre derechos reales y derechos obligatorios, al momento de analizar la solución legal que brinda nuestro Código civil a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, surgen algunos inconvenientes. En efecto, si el primer adquirente no inscribió su derecho inmobiliario, porque no está obligado a hacerlo, un segundo acreedor que si lo hizo, tendrá un derecho preferente sobre el bien. Ahora, el derecho de propiedad del primer adquirente ¿llegó a ser un derecho real?

De acuerdo a nuestra legislación, la respuesta es positiva, sin embargo hemos demostrado que el derecho de propiedad no inscrito, es totalmente ineficaz si concurren sobre el mismo bien diversos adquirentes. Consecuentemente, es entendible que algunos autores afirmen que el contrato traslativo de dominio sobre inmuebles, no inscrito, genere sólo derechos obligatorios mas no reales.

De este modo, Alfredo Bullard señala que, “*las relaciones jurídico reales logran alcanzar su función, siempre que sirvan para garantizar por medio de una oponibilidad absoluta, la exclusividad de un derecho, creando con el ello un estado determinado de propietario*”. (Bullard G. 1990, 277)

Bajo esa línea de ideas, resulta cuestionable que un derecho de propiedad inmueble no inscrito, que deviene en ineficaz frente a una concurrencia de acreedores, haya alcanzado el plano real. En efecto, si la propiedad va a pertenecer al acreedor inscribiente ¿qué derecho se transfirió en el contrato celebrado con el primer acreedor

que no inscribió? La respuesta más lógica es que el contrato celebrado por el primer acreedor, ha generado sólo efectos obligacionales, ya que, sólo en teoría, tuvo la propiedad temporalmente.

Lo afirmado anteriormente guarda total coherencia con la teoría de la ineficacia del título traslativo de dominio no inscrito, toda vez que el hecho de no ser oponible de manera absoluta, y por ende no surtir sus efectos plenamente, hace que el contrato genere únicamente efectos obligacionales y no reales. Señalo que estos efectos se circunscriben exclusivamente a un supuesto de concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, o doble venta inmobiliaria, ya que como se ha venido explicando, la regla general en nuestro sistema, establece que el solo contrato transfiere la propiedad del bien.

## **2. La teoría de la propiedad relativa y absoluta en nuestro sistema.**

La discusión sobre la posibilidad de que el derecho de propiedad inmueble no inscrito, genere sólo efectos obligacionales y no reales en el supuesto de una doble venta o una concurrencia de acreedores en general, está íntimamente relacionada con la teoría de la propiedad relativa y la propiedad absoluta. Esta teoría de origen francés, postula que el derecho de propiedad es no pleno o relativo mientras no haya sido inscrito en el registro que le otorgará la oponibilidad erga omnes.

El profesor Gunther Gonzáles, señala que *“los autores franceses del siglo XIX ya distinguían entre una propiedad relativa o absoluta. En efecto, se trataba de un derecho no pleno o relativo que se formaba con el solo consentimiento, el cual se convertía en absoluto y oponible, con la inscripción en el registro, tratándose*

*entonces de una inscripción “cuasi constitutiva”. Esta tesis, tal como lo señala el citado autor nacional, fue acogida por la antigua legislación hipotecaria española, y ahora, en nuestra doctrina nacional moderna, siendo sus seguidores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre”. (González Barrón 2005, 760)*

Asimismo, al explicar la coordinación del derecho de propiedad con el Registro y citando a García García, el profesor Gunther González señala que para el caso peruano, el sólo consentimiento es suficiente para transferir el derecho de propiedad; *“no obstante ello, la plenitud del derecho real se lograría con la inscripción, y antes de ésta tendríamos un derecho real no – pleno, no – absoluto”* (González Barrón 2005, 759)

Sin embargo, el referido autor no comparte la tesis de la propiedad relativa y absoluta, toda vez que concluye que la no inscripción del título traslativo de dominio no trae consigo la ineficacia del acto jurídico, ya que ello significaría admitir de plano la inscripción constitutiva. Sino que, simplemente constituye una garantía contra eventuales actos jurídicos contradictorios.

Contraria posición asume el doctor Felipe Osterling Parodi, para quien nuestro sistema nacional de transmisión de la propiedad inmobiliaria, regulado por el artículo 949° del Código Civil, acoge la doctrina de la propiedad relativa y absoluta, siendo que la primera se adquiere por el solo consenso, y la segunda *“se produce con el Registro que garantiza la eficacia absoluta”*. (Osterling Parodi 1998, 40)

Al respecto pienso, que la posición de que nuestro sistema haya acogido la teoría de la propiedad absoluta y relativa, tiene lógica y se materializa en la función que cumple el

Registro de la Propiedad Inmueble, dentro de las contrataciones de transferencia de propiedad, constituyendo una cuasi formalidad cuando sobre el mismo bien existen varios adquirentes y se deba aplicar la solución contenida en el artículo 1135° del Código Civil.

Es coherente sostener que el derecho de propiedad que no es plenamente eficaz frente a otros adquirentes, sea un derecho no pleno o relativo, ya que en cualquier momento puede dejar de pertenecer al primer acreedor. Por el contrario, si el derecho de propiedad fue debidamente inscrito, estaríamos hablando de un derecho pleno, que puede surtir sus efectos de manera total, y por ende es absoluto

#### Aspectos Registrales de la Transmisión de la Propiedad Inmueble.

### **1. Los dos planos de protección Registral.**

El profesor Gunther Gonzáles afirma que *“el Registro de la propiedad se halla vinculado con la publicidad de las distintas titularidades jurídicas sobre los inmuebles, es por esta cuestión que lo primero que debe analizarse es la relación existente entre la inscripción en el registro y el nacimiento de los derechos”*.

El referido autor explica que tal vinculación trae consigo la diferenciación entre un sistema registral constitutivo de derecho, y otro distinto, declarativo de derechos. De esta forma, la publicidad puede ser constitutiva, *“entendiéndose por tal a la que produce la mutación del derecho real como punto final del trayecto que se inicia con la celebración del negocio”*; por otro lado la publicidad puede ser declarativa, *“en cuanto el derecho real nace con prescindencia de la inscripción pero ésta tiene el*

*efecto de eliminar cualquier obstáculo que se produzca para la plena efectividad del derecho transmitido” (González Barrón 2005, 442).*

Bajo esa línea de ideas, este primer plano ofrece dos modalidades de inscripción, la inscripción constitutiva, sin la cual el derecho aun no es transferido, acogida por las legislaciones germánicas; y de otro lado, la inscripción declarativa, la cual establece que el derecho real se adquiere fuera del registro, por el solo contrato, pero tal como lo establece el precitado autor, ese derecho no goza de punibilidad absoluta, ya que si un tercero logra inscribir su título, entonces el primer adquirente es privado del derecho.

Se aprecia entonces que el primer plano de la publicidad registral hace referencia al papel que la inscripción desempeña en el mecanismo traslativo de la propiedad o de los derechos reales. De esta forma, para el tema que nos ocupa, nos referiremos a la inscripción declarativa del contrato de Compraventa de bien inmueble.

Ahora bien, este plano de la inscripción registral, nos va ocupar durante la elaboración de presente capítulo, toda vez que en él se discutirá la posibilidad de que la inscripción devenga en una cuasi formalidad, sin la cual el contrato traslativo de propiedad no puede ser oponible, ergo no es plenamente eficaz.

Ha quedado expuesto que legislativamente nuestro sistema traslativo de propiedad está diseñado como meramente consensual. No obstante ello, el hecho de que exista una transmisión consensual y a la vez una solución legal a la concurrencia de acreedores que prefiere al adquirente que inscribió su derecho, permite la posibilidad de hablar de un sistema relativamente formal.

Para el Doctor González, *“este plano no genera ningún tipo de problema cuando la inscripción es constitutiva ya que el primer comprador que no inscribió, jamás llega a ser propietario por falta del requisito legal de la inscripción. Ese primer comprador se quedó en el ámbito obligacional, pero nunca llegará al ámbito real, es decir, nunca será propietario”* (González Barrón 2005, 443). De esta forma, el segundo adquirente que sí inscribió, en consecuencia, convierte en propietario, sin importarle que haya existido, anterior a él mismo, un primer comprador.

Sin embargo, en el caso de la inscripción declarativa, que es propia de nuestro sistema registral, el primer comprador llegará a ser propietario del inmueble si es que cumple el consentimiento. Pero, no obstante ello, como su adquisición no fue inscrita; entonces, se encontrará en el peligro de que un tercero llegue a inscribir antes que él, y lo prive del dominio. Si ello ocurre, el segundo comprador que inscribió su título, será preferido y por lo tanto, habrá adquirido la propiedad.

De otro lado, el autor argentino Jorge Musto sostiene que *“la inscripción registral, tendrá incidencia sobre la prioridad que antes estaba fijada exclusivamente por la tradición, pues la persona que adquiere un inmueble, cuya transferencia se haya efectuado con anterioridad a un tercero, si después de la inscripción de ésta se le hace tradición de la cosa, no podrá alegar buena fe pues pudo conocer -a través de la publicidad registral- el derecho real transmitido”*. (Musto 2000, 479)

Como se podrá advertir, en la Legislación Argentina, se requiere, a parte del contrato traslativo de dominio, la tradición del inmueble, No obstante ello, el autor argentino Jorge Mustos, no deja de mencionar la importancia que tiene la inscripción del título,

ya que en una concurrencia de acreedores, este acto será decisivo para determinar quien tiene el derecho de propiedad sobre el inmueble.

Agrega el precitado autor que se seguirá sosteniendo que *“si se ha adquirido un inmueble por escritura pública y se ha hecho tradición de la cosa, aunque no se haya efectuado la inscripción en el registro, el derecho real se encuentra adquirido por título y modo suficientes. Y ello es así. Pero tal adquisición no es oponible a terceros y ¿qué se puede predicar de un derecho real que no es oponible cuando hemos puesto a la oponibilidad como una de las más esenciales notas caracterizantes de los derechos reales? (Musto 2000, 479)*

El segundo plano de protección registral, está constituido por la fe pública, Así, habiendo estudiado el modo y la oponibilidad frente a terceros, tenemos como segundo plano de protección registral a la fe pública. En los sistemas que admiten el principio de la fe pública, si un tercero adquiere un bien de buena fe, y este bien procede de un negocio viciado con nulidad, pero la causal de la nulidad no consta en el registro, el tercer adquirente se encuentra protegido ya que el vicio de nulidad del negocio antecedente no lo afecta. El tercero es tutelado por su confianza en el registro, ya que este se presume exacto.

## **2. El principio de Oponibilidad Registral.**

Para el autor Rómulo Morales, *“Un contrato es oponible a terceros cuando produce cualquier efecto susceptible de tener cualquier relevancia jurídica a través de terceros”*. Por este principio, se prioriza o *“predominan los derechos derivados de un contrato”*, que para esta investigación, sería traslativo de propiedad inmueble a título

oneroso, sobre otros derechos generados en otros adquirentes, *“favoreciendo la posición subjetiva de una parte en lugar de la otra, y permite resolver la Litis prescindiendo del lugar del adquirente”* (Morales 2009)

Aplicando lo expuesto por el citado autor al tema que nos ocupa, se entiende que el principio de Oponibilidad Registral, llamado también principio de Inoponibilidad, permite que la inscripción de un título traslativo de propiedad, otorgue al derecho que por su mérito se ha transmitido, prevalencia frente a otros derechos que pudieran concurrir sobre el mismo bien.

En efecto, en nuestro ordenamiento sustantivo, el principio de inoponibilidad se halla contemplado en el artículo 2022 del Código Civil. De acuerdo a lo establecido por dicha norma, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre inmuebles, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Por tanto, no hay duda que esta primera forma de protección tiene como función dar prevalencia al título inscrito frente a todos los títulos no inscritos. En tan sentido, el principio de Oponibilidad Registral se ve materializado en la solución que otorga el artículo 1135° a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble.

Por el principio de inoponibilidad, el adquirente que no haya inscrito su derecho sobre un bien, no podrá oponerlo a un tercero que lo adquirió de buena fe y haya tenido la diligencia de inscribirlo en los Registros Públicos. Es aplicable de manera absoluta a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, donde el contrato inscrito otorgará

un “*mejor*” derecho real de propiedad a pesar de no ser el primer adquirente, siempre y cuando éste no haya tenido conocimiento de la primera transferencia.

En esa línea de ideas, el Doctor Gunther Gonzáles señala que “*el principio de inoponibilidad significa que el adquirente no-inscrito de un derecho sobre inmuebles, no lo puede ejercer frente al tercero con un derecho inscrito sobre el mismo inmueble, ni tampoco aquel puede formular pretensiones perjudiciales en contra de éste. La función técnica de este principio es proteger la publicidad (que conlleva al control de la legalidad, seguridad y transparencia)*” (Gonzáles Barrón, Derechos Reales 2005, 772)

El citado autor sostiene que desde la perspectiva jurídica, el principio de Inoponibilidad Registral sirve para garantizar los derechos inscritos como el derecho de propiedad inmueble, y con ello otorgarle seguridad jurídica al adquirente. Efectivamente, con la inscripción del contrato traslativo y por ende del derecho de propiedad transferido, se disminuye a cero el riesgo de perder el derecho en caso de una posterior adquisición del mismo bien que sea inscrita.

La aplicación jurisprudencial del principio de oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles inscritos, en la solución de controversias sobre concurrencia de acreedores, es la muestra más clara de que en la práctica, nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble a título oneroso no es exclusivamente consensual. En efecto, la Corte Suprema mediante la sentencia recaída en el expediente CAS. N° 2212-2007 AREQUIPA sobre División y Partición, de fecha 10 de junio del 2008, ha establecido lo siguiente:

*“Quinto: (...) tratándose de un conflicto de dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, resulta de especial aplicación lo previsto en el artículo 2022 del Código Civil que expresamente señala: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone Sexto: Que, en consecuencia, habiendo quedado establecido en las instancias de origen que el derecho real de propiedad de la causante de la sucesión demandante se encuentra inscrito en la ficha N° 00050130 de los Registros Públicos de Arequipa, en tanto que el derecho de propiedad que alegan los impugnantes, en virtud de la Escritura Pública del veintiocho de abril del dos mil uno, no ha sido inscrito en los Registros Públicos; resulta claro que el derecho de propiedad que alegan los demandados sobre los predios denominados Uchumayo no puede ser oponible a los demandantes, quienes han acreditado que la propiedad de tales bienes está debidamente inscrita en los Registros Públicos”* (El resaltado en negrita es mío).

Es verificable también que el principio de oponibilidad registral previsto por el artículo 2022° del Código Civil, se concretiza en la solución de concurrencias de acreedores, aplicándose e interpretándose de manera concatenada con el artículo 1135°. Con ello se demuestra que la inscripción registral del derecho de propiedad sobre inmuebles, siendo facultativa según nuestro ordenamiento, deviene en un acto necesario para garantizar la titularidad del derecho cuando existen varios acreedores del mismo bien.

En efecto, mediante la sentencia recaída en el expediente CAS. N° 1872-2008 JUNÍN sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 17 de julio del 2008, la Corte Suprema

reproduce los argumentos utilizados por la Sala Civil para otorgar mejor derecho de propiedad al demandante quien contaba con título inscrito en Registros Públicos, de conformidad con los artículos 2022° y 1135° del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

*“Tercero.- Que, en cuanto al punto a) corresponde señalar que la Sala ha confirmado el pronunciamiento del juzgador, declarando fundada la demanda de mejor derecho al haber determinado de la situación fáctica debatida que los derechos en discusión son dos derechos reales de propiedad y, que el demandante presenta mejor título de propiedad, al estar debidamente inscrito en los registros públicos conforme a lo dispuesto en los artículos mil ciento treinta y cinco y dos mil veintidós del Código Civil, por lo que los argumentos de la recurrente inciden en cuestionar la situación fáctica que ya ha sido establecida por ambas instancias de mérito, lo cual resulta improcedente considerando la presente causal de naturaleza in iudicando”.* (El resaltado en negrita es mío)

Usualmente los conflictos de derechos reales sobre bienes inmuebles se presentan en casos de dobles ventas, en los cuales un mismo vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien inmueble a varios compradores. No obstante ello, cuando existen derechos reales de distinta naturaleza, por ejemplo una compraventa versus una hipoteca, igualmente su solución viene determinada por los principios de oponibilidad registral y concurrencia de acreedores. Con lo cual se verifica nuevamente la importancia de la inscripción del contrato de Compraventa en los títulos en Registros Públicos.

Como muestra de ello podemos citar la sentencia recaída en el expediente de Casación CAS. N° 3634-2002 AREQUIPA sobre Tercería de Propiedad, de fecha 13 de mayo del 2003, mediante la cual la Corte Suprema ha establecido lo siguiente:

*“Cuarto.- Que, como artículo dos mil veintidós del Código Civil dispone que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad ante aquel a quien se opone, la demanda resulta jurídicamente imposible porque la hipoteca se encuentra inscrita en los Registros Públicos y el derecho de propiedad de la demandante no lo está”.*

De otro lado, a nivel doctrinario ha quedado establecido por la mayoría de autores, que la inscripción registral del contrato traslativo de propiedad inmueble a título oneroso, opera en nuestro sistema normativo con el solo consentimiento o manifestación válida de la voluntad enajenar. Con ello, la inscripción registral del título, constituye una forma Ad Probationem, ya que no está impuesta por la Ley como un requisito para que opere la transferencia del derecho y su ausencia no está sancionada con la nulidad del contrato.

No obstante ello, también ha quedado establecido que la inscripción registral es un procedimiento necesario, posterior a la celebración del contrato, que le otorgará oponibilidad frente a terceros posibles acreedores sobre el mismo bien. En efecto, tal como lo ha señalado el maestro Francesco Messineo en reiteradas ocasiones, el contrato que transfiere la transferencia de la propiedad inmueble, es válido, pero su

inscripción le otorga eficacia, disminuyendo a cero el riesgo de perder el derecho a causa de posteriores enajenaciones del mismo bien.

De esta forma, *“la publicidad del contrato traslativo o constitutivo, es pues un procedimiento que sirve para dar al adquirente la certeza de la invulnerabilidad de su adquisición por parte de terceros, o como también se dice, para “conservar el derecho ya adquirido”*. Bajo esa línea de ideas, para que actúe el principio de Publicidad, es necesaria una situación de concurrencia de acreedores, en la cual un mismo derecho (de propiedad) haya sido objeto de varias transferencias. (Messineo 2007, 581 y 584)

### **3. El principio de Fe Pública Registral.**

A diferencia del principio de Oponibilidad Registral, por el principio de Fé Pública Registral no se busca garantizar o darle seguridad jurídica a la adquisición del derecho. Sino que tiene por objeto la no afectación del adquirente de un derecho registrado, por vicios existentes en actos no inscritos.

Bajo esa línea de ideas, para el profesor Jorge Avendaño, *“El principio de Fe pública registral nace de la presunción iuris tantum (que admite prueba en contrario) de exactitud y validez del contenido de la inscripción, es decir que dicho contenido debe ser el verdadero, por cuanto la sociedad misma tiene derecho al conocimiento veraz de los documentos que se inscriban en registros públicos (eso incluye su contenido)”* (Avendaño Valdez 2006).

La Fé Pública que otorga el Registro, significa la presunción de veracidad de los actos que él se inscriban. En ese sentido, un acreedor que adquiere un derecho de propiedad

inmueble de un transferente que el Registro figura como propietario del bien, no puede ser afectado por actos anteriores o posteriores, no inscritos que se hayan celebrado sobre el mismo bien.

La inscripción habilita al titular registral a celebrar actos jurídicos respecto del derecho inscrito, es decir que le permite actuar en base al derecho inscrito, del cual los terceros tienen certeza de su veracidad. De igual modo, está destinada a proteger al tercero que adquiere un derecho de quien figura como su titular registral. Ergo el titular registral será protegido por la presunción de veracidad de los actos contenidos en el Registro, así como también por la presunción de conocimiento público de todos los actos inscritos.

Consecuentemente, por el principio de Fe Pública Registral, se establece que los terceros no podrán ser perjudicados en sus derechos si las eventuales causas de invalidez o ineficacia que puedan afectarlos, no constaban en el Registro al tiempo de su adquisición.

Bajo esa línea de ideas el ya citado autor Gunther Gonzáles, establece que *“En los sistemas con el principio de la fe registral como el nuestro, el tercero se encuentra protegido por cuanto el vicio de nulidad del negocio antecedente no lo afecta. En tal caso sería un tercero protegido o cualificado. Pero dejando bien en claro que se trata de un segundo plano de protección, distinto al principio de inoponibilidad...”*

(Gonzáles Barrón 2010)

Cabe señalar que el ordenamiento sustantivo peruano, el principio de fe pública registral se encuentra previsto en el artículo 2014 del C.C, según el cual se establece

que *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causa que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”*.

A nivel jurisprudencial, la aplicación del principio de buena fe registral va vinculada a los principios de oponibilidad registral y de prioridad registral, los cuales se ven materializados en la solución de conflictos originados por una concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles. Ergo, la realidad práctica del derecho nos demuestra que la inscripción en registros públicos es determinante cuando se trata de solucionar incompatibilidad de derechos reales sobre un mismo inmueble. Así, la Corte Suprema, mediante la sentencia recaída en el expediente CAS. N° 1035-2002 CALLAO sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 20 de octubre del 2003, ha establecido lo siguiente:

*“Sexto: Como regla general en el caso de la transferencia de bienes inmuebles, la inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada. Sétimo: No obstante lo expuesto, cuando dos personas alegan derecho de propiedad respecto de un mismo inmueble, a fin de determinar quién tiene mejor derecho de propiedad resultan aplicables las normas de prioridad registral, oponibilidad de derechos reales, buena fe pública registral e inclusive las normas sobre concurrencia de acreedores, en tal sentido, el artículo 2022 del citado código regula el supuesto de la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, en virtud del cual opera el principio*

*de prioridad registral respecto e derechos de la misma naturaleza, en el presente caso real. **Octavo:** La oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, se basa en el principio de prioridad registral, en tal sentido, el derecho de la parte demandante, como figura jurídica de naturaleza real, se encuentra inscrita en el registro, y es oponible al derecho de propiedad de la parte demandada toda vez que este derecho no se encuentra inscrito*". (El resaltado en negrita es mío)

#### **4. El principio de prioridad registral:**

El profesor Gunther González Barrón señala que *"Por medio de la publicidad se preconstituye un rango y una preferencia (...) Por origen histórico, y por cuestión dogmática, el principio de prioridad registral surge como mecanismo para jerarquizar los créditos y reservar el rango a partir del cual se ubica el crédito con afectación frente a los terceros en general. En realidad la prioridad tiene un ámbito de aplicación estricto y delimitado por historia y dogmática"* (González Barrón 2012, 479)

González Barrón también señala que *"Por dogmática, la prioridad presupone de dos o más inscripciones en la misma hoja registral, lo que hace inferir que actúa exclusivamente en el caso de inscripciones compatibles (caso contrario el tracto sucesivo impediría la segunda inscripción). Creemos que esta concepción técnica y estricta del principio registra de prioridad se infiere, también, del artículo 2016° del Código Civil"* (González Barrón 2012, 480).

*“En tal sentido, el Derecho privado moderno reconoce que, salvo excepciones, el privilegio y rango de los créditos se adquiere por la inscripción, y el conflicto entre ellos se resuelve por la prioridad de la inscripción como mecanismo de jerarquización y graduación de créditos”* (González Barrón 2012, 480).

Ergo, el “concepto estricto” y limitado del principio de prioridad registral sería el que *“alude al mecanismo para graduar inscripciones compatibles entre sí”* . No obstante ello, el citado autor señala que debemos distinguirlo de un “concepto antitécnico” siendo este último *“el que alude a todas las otras reglas que utilizan el registro como mecanismo decisivo para la protección de los derechos tales como la inscripción declarativa (art 2022° CC) o la fe pública registral (art. 2014 CC)”* (González Barrón 2012, 481)

En efecto, tal como lo señala el profesor González Barrón, el principio de prioridad registral recogido por nuestro Ordenamiento Civil en el artículo 2016°, está dirigido a establecer una jerarquización de créditos que están inscritos y son compatibles. Sin embargo, este dispositivo legal también es utilizado para solucionar conflictos entre un acto inscrito y uno no inscrito, siendo lo correcto aplicar en estos casos, exclusivamente, los principios de inoponibilidad y fe pública registral.

Bajo esa línea de ideas, el citado autor señala que el concepto estricto de prioridad registral permite determinar el ámbito de aplicación de los otros principios registrales. *“La prioridad y la oponibilidad tiene algún substrato común, pero el criterio estricto de prioridad permite diferenciarlos. La inoponibilidad es una consecuencia que priva de eficacia al acto incompatible frente a otro. De esta manera se logra que el acto no-*

*inscrito sea considerado inexistente frente al acto del tercero inscrito, por lo cual este último goza de la protección legal. La inoponibilidad tiene como fin solucionar conflictos entre derechos incompatibles. En cambio, la existencia de actos **compatibles** entre sí (como los créditos asegurados con hipotecas o embargos), no se rigen por la existencia del uno frente al otro, pues pueden coexistir, sino por efecto de la fecha de su inscripción”*

No obstante la referida distinción, a nivel jurisprudencial, el principio de prioridad registral es aplicado junto con los principios de buena fe registral y oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles inscritos, para otorgar a la inscripción del título en Registros Públicos, un rol concluyente en la solución de controversias generadas a partir de una concurrencia de acreedores.

Consecuentemente, se tiene en cuenta el orden de tiempo en la inscripción a efectos de determinar un derecho preferente para aquel acreedor que inscribió primero su título. Como ejemplo de ello podemos citar la sentencia recaída en el expediente N° CAS. N° 2206-02 LAMBAYEQUE sobre mejor derecho de propiedad, de fecha 16 de setiembre del 2003, mediante la cual la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

*“Sétimo.- (...) que, la sentencia apelada no ha valorado el título de propiedad del demandado y cónyuge obtenido del PETT e inscrito en los Registros Públicos de la **Propiedad Inmueble**, conforme puede advertirse de sus considerandos sexto y duodécimo; sin perjuicio de señalar que **es correcto lo establecido de que el conflicto de autos se resuelve por la antigüedad de la inscripción registral**”.*

## El Documento de Fecha Cierta como Solución en Defecto de la Inscripción del Título.

### 1. La prueba documental.

*“Hay hechos que se perennizan o se graban no en la mente de las personas, sino en las cosas, en los objetos, en los escritos, En este caso estamos frente a lo que el Código Procesal Civil denomina documentos (Art. 233° CPC). Se pueden perennizar hechos mediante fotografías, cintas que graban sonidos, cintas cinematográficas, videos, impresiones, etc. Cuando el documento para perennizar hechos, utiliza la escritura se denomina instrumento. De donde la prueba resulta el género y la prueba instrumental la especie.”* (Carrión Lugo 2007, 55 y 56).

Se suele identificar al documento con el escrito, siendo que éste último constituye un instrumento. En efecto, los documentos según el Código Civil van desde escritos, fotocopias, soportes magnéticos, entre otros, pues basta que contengan o representen algún hecho para que sea considerado como documento.

En efecto según el autor Carrión Lugo *“Son instrumentos, por tanto, los escritos que utilizan el papel y otros elementos análogos, los impresos relativos a escritos ejecutados en papel y otros elementos análogos, las fotocopias y fotografías de escritos e impresos. Todo instrumento constituye un documento y no a la inversa. Es que los documentos pueden utilizar otros elementos diferentes al de la escritura para representar hechos o acontecimientos”*. (Carrión Lugo 2007, 109)

El Código Procesal Civil señala que son documentos los escritos, los impresos, las fotocopias, el facsímil o fax, los planos, los cuadros, los dibujos, las fotografías, las

radiografías, las micro formas tanto en la modalidad del microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, las reproducciones de audio y video, la telemática en general y los demás objetos que recojan, contengan o representan algún hecho, alguna actividad humana o su resultado.

*“No obstante que el legislador ha regulado la prueba documental con la amplitud que la tecnología y la ciencia lo ha impulsado, hace un tratamiento de los institutos que tienen que ver con la prueba documental, fundamentalmente con referencia a la prueba instrumental”.* (Carrión Lugo 2007, 110).

Efectivamente, tal como lo expone Carrión Lugo, si bien existe una amplia regulación de la prueba documental, de acuerdo a las facilidades que la ciencia y la tecnología nos ofrecen; la prueba instrumental, es decir la prueba escrita, tiene un tratamiento especial, dada su importancia y efectividad a nivel sustantivo y procesal.

Alberto Hinostroza Minguez citando a Serra Domínguez, señala que *“entendemos por prueba documental la aportación al proceso de un objeto material, en el que aparece representada una manifestación humana en torno a un hecho presente de interés para el proceso”* Asimismo, citando a Devis Echandía, sostiene que *“es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo – representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados.* (Hinostroza Minguez 2012, 201)

Del mismo modo, el autor Alberto Hinostroza Minguez, al exponer sobre la naturaleza jurídica del documento, sostiene que *“El documento es un medio probatorio real,*

*objetivo, histórico, y representativo e, inclusive, declarativo. Puede encerrar una declaración de ciencia así como una expresión de voluntad dispositiva. (Hinostriza Minguez 2012, 205)*

De otro lado el citado autor agrega que *“Si el ordenamiento jurídico ordena la facción del documento como formalidad ad substantiam actus, no solo significa un medio de prueba, sino también un requisito para la existencia o validez del acto jurídico de que se trate.*

*Los documentos por lo general son ad probationem, vale decir, sirven como medio de prueba, pero no son considerados elementos indispensables para la existencia o validez de un determinado acto. Es así que en caso de pérdida o destrucción pueden ser suplidos por otros medios probatorios. (Hinostriza Minguez 2012, 206).*

El operador jurídico encuentra la verdadera utilidad de los documentos cuando éstos tienen que ser ventilados y valorados en un proceso judicial, a efectos de acreditar la existencia de un hecho, para la presente investigación, la existencia de un contrato de compraventa. De este modo, si bien la compraventa no requiere formalidad, cuando su contenido o su fecha de celebración son negados por otro acreedor, los documentos juegan un papel determinante para garantizar la subsistencia del derecho de propiedad y por ende la seguridad jurídica del adquirente.

Al respecto el autor Hinostriza Minguez sostiene que *“Los documentos representan en forma duradera y cierta los hechos que forman parte de las relaciones sustantivas (y extraprocesales) y que en un determinado momento pueden ser ventilados en juicio. De ahí su trascendencia y utilidad como medios de prueba y como elementos de*

*certeza jurídica. Ello explica la preferencia que en el proceso civil tienen los documentos, máxime si para algunos actos, la prueba documental constituye requisito indispensable para su existencia o validez”.* (Hinostroza Minguez 2012, 207).

Naturalmente, una vez celebrado el contrato mediante un documento instrumental, el valor probatorio que a éste se le asigne en juicio, será mayor que el que tendría si hubiese sido celebrado de manera oral, por ejemplo. De igual modo la capacidad probatoria del instrumento variará de acuerdo al documento que haya sido utilizado en la celebración del contrato, por ejemplo, una escritura pública tendrá mayor valor probatorio que una escritura privada.

En relación a ello Hinostroza Minguez señala que *“El valor probatorio está dado por el mérito de las razones que en él halle el órgano jurisdiccional para formarse convicción. Naturalmente variará el valor probatorio en atención al tipo de documento de que se trate, pues, como es obvio, tendrá distinto valor un documento público en relación a un documento privado, un instrumento firmado y otro que no lo está, un documento reconocido y otro tachado, etc.”* (Hinostroza Minguez 2012, 222)

### **1.1 Documentos públicos:**

Como recordamos, el artículo 1135° del Código Civil, al regular la solución a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble, establece que en defecto de la inscripción registral, será preferido aquel acreedor que posea título de fecha cierta más antigua. En relación a ello, el artículo 245° del Código Civil, establece los supuestos en los cuales un documento privado adquiere fecha cierta,

siendo la presentación ante funcionario público y la presentación ante notario público, los más frecuentes.

Ergo, deviene en necesario examinar los aspectos referentes al documento público, con el objeto de entender la segunda solución legal que nuestro ordenamiento otorga a la concurrencia de acreedores de buena fe sobre bien inmueble, la cual, para la presente investigación, es generada por una doble venta.

*El profesor Jorge Carrión Lugo señala que “Son documentos públicos los que han sido otorgados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (art. 235 inc. 1, CPC), como la copia certificada de una partida de nacimiento, la copia certificada de una resolución judicial, la copia certificada de una resolución administrativa estatal, la copia certificada de un atestado policial, etc., otorgados por los funcionarios que están autorizados legalmente para ello. Son también documentos públicos las escrituras públicas y demás documentos (normalmente instrumentos) otorgados ante y por notario público, según la ley de la materia (Art. 235°, inc. 2, CPC), comprendiendo no solo la matriz de la escritura pública misma, sino también los testimonios y las copias simples de las escrituras que otorgan los notarios, así como otros documentos que estos funcionarios están autorizados a otorgar mediante copias certificadas. Un requisito que debe contener un instrumento público es que él debe estar firmado por el funcionario público que lo otorga” (Carrión Lugo 2007, 112).*

El autor Alberto Hinostroza Minguez sostiene que “Los documentos públicos son los otorgados o autorizados por funcionario público o quien tiene la facultad de

*depositario de la fe pública, en el ejercicio de su cargo. El documento público no debe ser equiparado al instrumento de igual carácter. Este último representa una especie del primero” (Hinostrza Minguez 2012, 211).*

Los documentos públicos, al ser otorgados por o ante un funcionario público, el cual da fe del contenido del acto y validez en su celebración, se constituyen como una de las mejores formas para acreditar la existencia de un contrato. En el caso de la compraventa, siendo un contrato consensual, se verifica en la práctica que por seguridad jurídica los contratantes prefieren celebrarla cuando menos por escritura pública, a efectos de otorgar un mayor grado de valor probatorio a su contrato.

Tal como lo precisa Alberto Hinostrza Minguez citando a Gimeno Sendra “*La seguridad del tráfico jurídico, tanto a nivel nacional, como internacional, necesita de la existencia de determinados documentos con un valor probatorio privilegiado. Este valor permite la acreditación plena o indubitable de determinados datos incluidos en esos documentos (...) siempre y cuando se plasmen en un documento público” (Hinostrza Minguez 2012, 211).*

De igual modo Hinostrza Minguez citando a Abelenda precisa que el instrumento público es “*la representación objetiva de un pensamiento, voluntad o voluntades, realizada en papeles o elementos similares, mediante escritura manual o mecánica, redactadas por o en presencia de una persona a quien la ley le asigna el carácter de oficial público, fedatario que la autoriza y con los requisitos y las formalidades legales, con la finalidad de acreditar, en caso*

*necesario, un acto jurídico del cual es elemento estructural indispensable para su existencia o un hecho jurídico trascendente y los derechos y deberes que emergen de ellos o se conservan, modifican o extinguen con ellos, a los cuales el Código atribuye carácter de auténticos, les otorga plena fuerza de convicción o valor probatorio entre las partes y terceros” (Hinostraza Minguez 2012, 211).*

Para finalizar, el mismo autor agrega que *“Los documentos públicos gozan de un gran valor probatorio, especialmente si se tiene en cuenta que los funcionarios que los autorizan o expiden en ejercicio de su cargo dan fe de sus contenido, por lo que se tiene por auténticos (...) Es tal la fuerza probatoria de los documentos públicos que no solo prueban en relación a las partes intervinientes en ellos, sino que pueden ser oponibles a terceros en caso el legislador haya previsto su calidad erga omnes” (Hinostraza Minguez 2012, 223)*

## **1.2 Documentos privados:**

Según Jorge Carrión Lugo *“Documento privado, dice el Código, es aquel que no tiene las características del documento público (Art. 236° del CPC), es decir aquellos documentos no otorgados por funcionarios públicos ni por Notarios Públicos. Son documentos privados aquellos otorgados por los particulares en los cuales no ha intervenido funcionario público alguno, como puede ser un contrato celebrado entre particulares. El requisito que normalmente debe contener un documento privado es la firma del otorgante. La legalización notarial de la firma en un instrumento privado o la certificación de la autenticidad de una copia de un*

*documento privado no los convierte en documento público.* (Carrión Lugo 2007, 113).

Alberto Hinostraza Mínguez citando a Greco, Fiorentini y Rodríguez, sostiene que *“Los instrumentos privados en sentido estricto son los documentos escritos y firmados por las personas particulares con el fin de hacer constar en ellos manifestaciones de voluntad, destinadas a probar hechos o derechos, La escritura y la firma aparecen aquí como requisitos indispensables para sus existencia jurídica”* (Hinostraza Mínguez 2012, 213)

El mismo autor, citando a Abelenda, define a los documentos privados como aquellos *“...documentos escritos firmados por las partes que no están sometidos a ninguna formalidad legal, otorgados por los particulares sin la intervención de un oficial público que los autorice, y que constituyen la exteriorización de manifestaciones de voluntad”* (Hinostraza Mínguez 2012, 213).

Resulta evidente que el valor probatorio que se le asigne en juicio a un documento público será mucho mayor que el que le asigne a un documento privado. Ello en razón de que sería complicado probar la existencia de un contrato cuando no hay forma de verificar su autenticidad.

Al respecto, el profesor Hinostraza Mínguez Sostiene que *“Es necesario que previamente se acredite la autenticidad del instrumento privado para que sea oponible al adversario. Esta comprobación puede realizarse mediante reconocimiento expreso o tácito de la parte frente a la cual se quiere hacer valer*

*o, de lo contrario, puede actuarse otro medio probatorio con dicha finalidad.*  
(Hinostroza Miguez 2012, 213).

En efecto, para que un documento privado pueda tener valor probatorio suficiente en un proceso judicial, será necesario primero confirmar su autenticidad, lo cual significa un trabajo adicional que no sería necesario si el contrato hubiese sido celebrado mediante escritura pública. Consecuentemente el valor probatorio de un instrumento privado es muy reducido, generando inseguridad jurídica para el adquirente.

Respecto al valor probatorio de un documento privado, Hinostroza Miguez sostiene lo siguiente: *“El documento privado del cual se ha demostrado su falta de autenticidad no tiene valor probatorio alguno, ni en contra de los litigantes, ni respecto de terceros, así como carece de fuerza obligatoria entre ellos (...) El documento privado auténtico si tiene valor probatorio, debiendo el magistrado apreciar sus alcances para así formar su convencimiento de los hechos o actos que se desprenden de él (...) Al valorar un documento privado hay que apreciar si es preconstituido, para ello es importante tener certeza de la fecha en que fue redactado, preparado o producido. El artículo 245° del Código Procesal Civil hace referencia a la fecha de cierta de un documento privado estableciendo lo siguiente:*

*“Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:*

*1. La muerte del otorgante;*

2. *La presentación del documento ante funcionario público;*
3. *La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;*
4. *La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable;*

*Otros casos análogos.” (Hinostroza Miguez 2012, 225).*

### **III. La Imposibilidad De Regular Un Sistema Traslativo De Propiedad Inmueble Meramente Consensual.**

Necesidad de la Forma Ad Probationem en los Contratos Traslativos de Propiedad Inmueble.

*“La necesidad del Derecho de garantizar tanto la voluntad, cualquiera sea la forma en que ha sido manifestada (principio de la autonomía de la voluntad privada), como la seguridad jurídica, y, además, porque así lo exige la realidad social y económica, se impone la obligación de optar por un término medio en el que la regla sea el principio de la libertad de formas y la excepción, el formalismo.*

*Los contratos consensuales están eximidos de formalidad, por lo que su existencia es resultado del simple acuerdo entre las partes. El problema radica en acreditar su existencia, sobre todo ante un contratante de mala fe, cuando es consciente de no existir prueba alguna y niega el contrato”. ( Romero Zavala 2004, 69)*

Como se ha venido explicando a lo largo de los capítulos anteriores, es casi imposible que nuestro sistema peruano actual de transmisión de la propiedad

inmobiliaria mediante Compraventa sea meramente consensual. Ello en razón de que en primer lugar no existe una opinión estandarizada en la doctrina que se atreva a afirmar con seguridad que la propiedad inmueble en nuestro país se transmita únicamente con el solo consenso.

En efecto, se logra apreciar de los autores antes citados, no adoptan una posición definitivamente cerrada, ya que admiten la posibilidad de que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble no sea meramente consensual. Es más dentro de los más importantes, el Doctor Felipe Osterling, se adhiere a la posición de que nuestra legislación ha adoptado la teoría de la propiedad relativa y absoluta.

Asimismo, para el autor Carlos Cuadros Villena, nuestro sistema es consensual, por la existencia del tan mencionado artículo 949°, sin embargo, *“la doctrina peruana no es uniforme ni coherente”*, pues cuando existen varios acreedores que reclaman la propiedad del mismo inmueble, de acuerdo a la solución contenida en el artículo 1135°, se preferirá al adquirente de buena fe que inscribió primero su derecho (Cuadros Villena 1995, 355 y 356).

De lo afirmado por el citado autor nacional, se desprende que la solución a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, la cual deviene en una formalidad, hace que no exista una opinión estandarizada en la doctrina nacional, la cual afirme que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble es meramente consensual. De hecho, no se trata sólo de interpretar lo establecido por el artículo 949° del Código civil, sino de relacionar de este dispositivo con el contenido en el artículo 1135°.

Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, para el autor nacional Alberto Vásquez Ríos, nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble ha devenido en “*ambiguo*”, también “*por el hecho de existir una solución legal a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, que desnaturaliza el principio consensual al darle preferencia al adquirente que inscribió primero, y no al que pactó primero el contrato de transferencia*”. (Vásquez Ríos 2003, 107)

Observamos entonces, que la principal dificultad para afirmar que la propiedad inmueble en nuestro país, se transmite exclusivamente por el sólo contrato o acuerdo de voluntades, radica en la existencia de la solución legal a la concurrencia de acreedores sobre inmuebles, que establece una formalidad, la inscripción.

Con ello, no se pretende señalar que nuestro sistema traslativo de propiedad inmobiliaria no sea formalmente consensual, toda vez que en la legislación nacional la inscripción del contrato que transfiere la propiedad, no está regulada como un requisito previo a la adquisición del derecho. Sino, se trata de explicar que, tal como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, un título traslativo de propiedad inmueble no inscrito, deviene en ineficaz frente a terceros adquirentes del mismo bien.

Algunos autores como el ya citado Doctor Eugenio Ramírez Cruz, quien es de la posición de que en nuestro país se debe instaurar un sistema registral obligatorio para perfeccionar la transferencia de la propiedad inmueble, son de la opinión que el sistema consensual “*ha fracasado*” y es “*muy peligroso, pues son muchas las personas que resultan perjudicadas o estafadas por las sucesivas transferencias*”.

Razón por la cual lo considera defectuoso y no acorde a los tiempos actuales, reflejándose ello en la gran cantidad de demandas por mejor derecho de propiedad. (Ramírez Cruz 2011)

Se observa entonces que hay autores que ya consideran un posible fracaso del sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble en nuestro país, y no es para menos. Efectivamente, si hablamos de un sistema cuasi consensual o cuasi formal, se deja de lado la idea de una transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso exclusivamente por el solo acuerdo, lo cual no ha podido ser regulado en nuestra legislación.

Basta citar al maestro Francesco Messineo, quien en su libro de Contratos, señala que, si bien es cierto la inscripción no es constitutiva de derechos, si otorga al contrato traslativo de propiedad (para la presente investigación, sobre inmuebles), eficacia, es decir oponibilidad, especialmente para asegurar el derecho frente a una concurrencia de acreedores.

Efectivamente, el referido autor señala que *“la transferencia del derecho a base de un contrato, es eficaz y comienza a correr (...) desde el momento en que se perfeccionó el contrato (...); salvo el efecto de la eventual publicidad de otro título de adquisición (...)”*, situación en la cual el primer título, *“perdiendo eficacia, no puede ni siquiera señalar el momento de su adquisición”*. Agrega que la inscripción no es retroactiva, toda vez que *“no es un título de adquisición, sino es un modo de hacer Eficaz el título de adquisición que debe suponerse válido”*. (Messineo 1954, 587)

Bajo esa línea de ideas, en mi opinión un título traslativo de propiedad que no surte efectos por no ser eficaz, no es útil dentro del comercio de bienes ni mucho menos al interés del acreedor. La ineficacia que tiene un título no inscrito cuando hay doble venta, se traduce en la realidad como inexistencia del derecho de propiedad, toda vez que en teoría, el primer adquirente que no inscribió si adquirió el derecho, sin embargo, por la inscripción de una transferencia posterior, ahora el derecho ya no le pertenece.

Algunos autores como el profesor Gunther Gonzáles Barrón no comparte la teoría de la propiedad relativa y absoluta, precisamente porque aceptar un derecho de propiedad no pleno, por no ser eficaz, sería asumir que nuestro Sistema Registral de transferencia inmobiliaria “*es constitutivo de derecho, por cuanto la ineficacia del acto sólo podría significar que el derecho real no existe*”. (Gonzáles Barrón 2010, 451)

Se observa que tenemos dos premisas planteadas por González Barrón y Messineo. La primera, que un título ineficaz, por no surtir efectos, no constituye el derecho de propiedad. Y la segunda, que precisamente es la inscripción en el registro, el acto que otorga eficacia al derecho de propiedad adquirido por hacerlo oponible a posibles adquirentes del mismo bien, siendo el título no inscrito ineficaz.

Bajo ese razonamiento la inferencia lógica sería la siguiente: si el derecho de propiedad no es eficaz por no estar inscrito, entonces no ha sido realmente constituido en el adquirente con el solo contrato. Con ello queda demostrado que la propiedad en el Perú no sólo es transmitida consensualmente, lo cual es válido, sino

que requiere de un procedimiento no obligatorio pero necesario, como lo es la inscripción.

Resumiendo, la adquisición de la propiedad inmueble a título oneroso en nuestro país, necesita de la inscripción del título que dio lugar al derecho, por cuanto en una eventual doble venta, el derecho real trasferido a un primer acreedor, puede devenir en inexistente por ineficaz, frente a un tercero que logre inscribir otro derecho de propiedad sobre el mismo inmueble.

## La Seguridad Jurídica en la Transmisión Consensual de Propiedad Inmueble.

### **1. Existencia de formas mínimas en la contratación.**

No obstante las bases teóricas expuestas precedentemente, las cuales exponen la existencia de obstáculos para establecer un sistema único, pienso que la transmisión de la propiedad inmueble a título oneroso, tiene otra dificultad que impide que sea únicamente consensual, la cual radica también en el tan comentado artículo 1135° del Código Civil.

Recordemos que el referido artículo nos ofrece un orden de preferencia o de mejor derecho de propiedad. Así tenemos que será preferido el adquirente que primero inscriba su derecho en el Registro, en su defecto se preferirá al acreedor que cuente con título de fecha cierta más antigua, y a falta de éstos, se preferirá al acreedor con título de fecha más antigua.

De lo señalado anteriormente, se aprecia que en cualquiera de los supuestos, se exige una forma mínima para acreditar la existencia del derecho y así poder establecer un orden de prioridad en el tiempo. De hecho, hasta en el último de los casos, a falta de inscripción en el Registro, y a falta de título con fecha cierta más antigua, se debe contar con un medio escrito que contenga una fecha que determine que el contrato se celebró con anterioridad a otros.

Por esta razón, siempre se requerirá de una formalidad mínima, que no precisamente es la inscripción en el Registro ó la escritura pública, sino un medio escrito que acredite una fecha anterior. De ello, se advierte que en nuestro sistema de transmisión de la propiedad inmueble que acoge, en teoría, la transferencia meramente consensual, siempre será necesaria una formalidad.

De otro lado, considero que la realidad económica actual de nuestro país, imposibilita la materialización de un sistema traslativo de propiedad inmobiliaria únicamente consensual. En efecto, cotidianamente se celebran innumerables contratos de compraventa, con lo cual se hace mucho más necesario que el adquirente tenga la seguridad que su derecho de propiedad no vaya a ser alterado o disminuido por una posterior venta inscrita sobre el mismo bien.

En relación a ello, Javier Ancajima Woolcot, quien acoge la posición de optar por un Registro Constitutivo, hace una reflexión respecto al tráfico inmobiliario y llega a la conclusión de que el sistema consensual no favorece una transmisión segura de la propiedad, ni garantiza una maximización de la riqueza. Ello en razón de que el contrato es lo único que valida la transmisión de la propiedad, lo cual trae consigo

una fluidez excesiva en la contratación, la cual termina ocasionando estafas o dobles ventas. (Ancajima Woolcot 2009, 4)

Posteriormente, el referido autor agrega, citando a Alfredo Bullard, que la gran cantidad de estafas producidas por la doble venta de un mismo inmueble, son posibles toda vez que el consenso, al atribuir al solo contrato efectos constitutivos, permite que el derecho de propiedad generado sea conocido únicamente por las partes y no por terceros, *“en otras palabras carece de un sistema, que debería serle inherente, de publicidad”*, que posibilite el conocimiento de los terceros interesados, sobre el derecho del adquirente (Bullard G. 1990, 05)

Efectivamente, el citado autor pone de manifiesto la necesidad innegable en la que ha devenido la inscripción de los derechos de propiedad inmobiliaria. El principio de transferencia consensual de la propiedad inmueble, conserva aún su utilidad por los gastos mínimos que significa celebrar una compraventa. Sin embargo, no deja de ser cierto que por el hecho de ser un sistema tan facilitador y simplista, el riesgo de estafas por doble venta de una mismo bien, ha ido en aumento. Ello significa en realidad que los costos para el adquirente que no inscribió su derecho, se incrementan si existe un posterior acreedor que si lo hizo, lo cual contradice el principio de maximización de la riqueza.

## **2. ¿Seguridad o inseguridad jurídica de los adquirentes?**

Se sostiene que una de las ventajas del Registro es la seguridad jurídica que otorga a los adquirentes, y con ello la invulnerabilidad de su derecho de propiedad, toda vez que existe una solución a la concurrencia de acreedores, legislativamente establecida

mediante la cual se dará preferencia al adquirente que inscribió primero su derecho de propiedad.

Efectivamente, por el principio de Oponibilidad Registral, un contrato traslativo de propiedad inmueble a título oneroso, es conocido por los terceros y por tanto es oponible a posibles acreedores del mismo bien, con lo cual se otorga al adquirente la seguridad de no perder su derecho a causa de una doble venta inscrita. Sin embargo, al tener un sistema consensual de transferencia de propiedad inmueble, se otorga seguridad jurídica al comprador diligente que inscribe su título y se disminuye la seguridad jurídica del adquirente que no lo hace.

En efecto, resulta contradictorio el hecho de transferir válidamente la propiedad por el solo contrato y tener a la vez la inseguridad jurídica de perder el derecho por no cumplir con el procedimiento de inscripción. Consecuentemente, nuestro sistema normativo, otorga mediante la solución contenida en el artículo 1135° del Código Civil, seguridad jurídica únicamente para el acreedor que cumpla con la inscripción de su derecho, e inseguridad jurídica para acreedor que por razones de economía o falta de información no realiza tal procedimiento, no obstante la existencia del artículo 949°.

El problema radica entonces en la existencia de un procedimiento, cuya ausencia puede suponer la pérdida del derecho real válidamente adquirido, en una situación de concurrencia de acreedores, lo cual en mi opinión, podría solucionarse con su estandarización. En efecto, el problema de la concurrencia de acreedores es

determinar cuál de todos adquirió primero el bien inmueble, teniendo en cuenta que la inscripción tendrá el mayor mérito probatorio.

Como he señalado precedentemente, es imposible transferir la propiedad inmueble sin observar una forma mínima, ya que no habría manera de probar o acreditar la existencia del contrato. Sin embargo, sería conveniente regular a la inscripción y el título de fecha cierta como formas, cuando menos, probatorias. De hecho, se reduciría el nivel de inseguridad jurídica que tiene el adquirente no inscrito, ya que se reconocería de manera expresa lo que ahora se encuentra camuflado bajo el artículo 1135°, es decir una formalidad con valor probatorio privilegiado.

Bajo este razonamiento, pienso que actualmente en la práctica, es imposible que nuestro sistema de transmisión de la propiedad inmueble, sea únicamente consensual. Ello en razón de que la inscripción de los derechos de propiedad adquiridos por contrato, se ha vuelto indispensable teniendo en cuenta la gran cantidad de contratos traslativos de propiedad que se celebran día a día, y la facilidad que nuestra propia legislación otorga a la transmisión de la propiedad inmueble por el solo acuerdo.

Ello es así, por la existencia de una solución a la concurrencia de acreedores, que termina por establecer la realización de un procedimiento necesario que fácilmente podría ser reconocido expresamente como una formalidad probatoria. Y con dicha solución se reconocería la existencia de un sistema mixto por la necesidad de probar la existencia del contrato, su fecha y por ende la adquisición del derecho; el mismo que ahora se encuentra camuflado bajo una transmisión consensual que en realidad no se cumple.

En consecuencia, legislativamente, está establecido que la propiedad inmobiliaria en nuestro país se transfiere por el solo contrato, si requerir mayor formalidad para constituir en el adquirente el derecho de propiedad sobre el bien. Sin embargo, soy de la opinión que al igual que en muchas situaciones de hecho, para este caso ya no se configura en la realidad lo establecido literalmente en la norma, sino un sistema mixto que debe ser regulado como tal, en razón de que el Derecho responde a la realidad social.

## **CAPÍTULO V.**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **I CONCLUSIONES:**

1. De acuerdo a nuestras bases legislativas en el Código Civil Italiano y el Código Civil Francés, y las corrientes doctrinarias revisadas, se ha verificado que el Ordenamiento Civil Peruano que regula la transmisión de la propiedad inmueble, acoge el Principio Consensual o Espiritual. En efecto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 949° del Código Civil de 1984, el derecho real de propiedad inmobiliaria se transfiere por la sola obligación de enajenar, es decir con el solo contrato o acuerdo de voluntades legítimamente manifestadas. Siendo éste último, título y modo suficiente para transmitir válidamente el derecho.
2. Ha quedado establecido a nivel doctrinario que un contrato de compraventa no inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, es ineficaz al no poder ser oponible a posibles terceros adquirentes del mismo bien, y por ende no desplegar plenamente sus efectos en caso sea preferido otro acreedor que si cumplió con este acto. En tal sentido, la necesidad de inscripción, dado el riesgo de pérdida del derecho en una concurrencia de acreedores, hace que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble no sea aplicado por los contratantes de manera consensual.
3. Se ha verificado que el principio consensual en la transferencia de propiedad inmueble no tiene eficacia probatoria a nivel procesal, toda vez que en una controversia generada a partir de una concurrencia de acreedores, el valor probatorio que tiene un contrato de compraventa celebrado de manera oral o

mediante documento privado, es nulo frente a un contrato celebrado mediante título de fecha cierta, mientras que el valor probatorio de este último, es nulo frente a un contrato inscrito en Registros Públicos. De esta manera la inscripción registral se constituye como un acto discriminante de otros contratos.

4. Ha quedado establecido a nivel jurisprudencial, que la aplicación de la solución legal a la concurrencia de acreedores prevista en el artículo 1135° del C.C, y los principios de Prioridad Registral y Oponibilidad de Derechos Reales sobre inmuebles inscritos, previstos en los artículos 2016° y 2022° del C.C respectivamente, hace que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble a título oneroso, no sea aplicado en la práctica, exclusivamente, de manera consensual.
5. Ha quedado expuesto que el sistema peruano actual de transferencia de la propiedad inmueble mediante compraventa, no es únicamente consensual, sino que es aplicado como un sistema consensual, formal y documental. Ello en razón del indiscutible valor probatorio que tiene la inscripción registral del derecho de propiedad, lo cual es determinante en la solución de controversias sobre concurrencia de acreedores; y en su defecto la preferencia que tendrá el título de fecha cierta frente al contrato celebrado mediante documento privado o de manera oral.
6. La inscripción registral del título traslativo de propiedad inmueble, ha devenido en un procedimiento de realización necesaria por parte de cualquier comprador. Sin bien es cierto, no está regulada como un requisito elemental para que opere la

transferencia del derecho, en la práctica se ha convertido en una formalidad probatoria, en la medida que es un acto posterior a la celebración del contrato, sin el cual el comprador asume el riesgo de perder el derecho de propiedad adquirido por no tener suficiente valor probatorio para demostrarlo en juicio.

7. Ha quedado expuesto que el propio ordenamiento civil que regula la transferencia de la propiedad inmueble a título oneroso, imposibilita la aplicación de un sistema traslativo de propiedad inmueble únicamente consensual. Ello en razón de que siempre existirá la necesidad de acreditar la existencia del contrato, su validez legal y la fecha de su celebración, situaciones que son valoradas de acuerdo a lo establecido por los artículos 1135°, 2016° y 2022° del Código Civil. Por consiguiente, la transferencia de propiedad inmueble por compraventa tiene una formalidad probatoria, en la cual, la inscripción en el Registro es el acto con mayor valor probatorio a nivel procesal.
8. La solución legal a la concurrencia de acreedores y los principios de prioridad registral y oponibilidad registral, traen consigo seguridad jurídica para el comprador que tiene la diligencia de inscribir su título y por ende su derecho real adquirido. Sin embargo, la falta de determinación legal de una forma probatoria en el contrato de compraventa, genera un alto nivel de inseguridad jurídica para los compradores que no realizan este procedimiento. Teniendo en cuenta que esta omisión atiende a diversos factores de carácter social, económico o jurídico, como son la falta de información, falta de un sistema registral debidamente catastrado ó falta de costumbre registral, dado su carácter facultativo.

## **II RECOMENDACIONES:**

1. Se recomienda incentivar un cambio en la percepción tradicional de la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso en el Perú, con el objeto de aclarar las ventajas y desventajas que tiene para los adquirentes la contratación meramente consensual, dando a conocer a nivel académico, la posibilidad de que nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble mediante Compraventa haya sufrido un cambio, desde la contratación espiritual hacia la contratación bajo formas probatorias como la inscripción o la escritura pública, viabilizando la existencia de un sistema mixto: consensual, formal y documental.
2. Se recomienda realizar un estudio más profundo a cerca de las desventajas que trae consigo el sistema peruano actual de transmisión de la propiedad inmueble, para los adquirentes que no han realizado la inscripción de sus títulos traslativos de propiedad. Dando especial importancia a la inseguridad jurídica generada a partir del riesgo de perder el derecho de propiedad válidamente adquirido, por no haberlo inscrito en el Registro. Y analizando los motivos más recurrentes de la omisión registral por parte de los acreedores.
3. Se recomienda la elaboración de lineamientos generales que reconozcan expresamente, cuando menos, la formalidad probatoria en el contrato de compraventa, a efectos de generalizar la inscripción facultativa y de este modo aumentar la seguridad jurídica de los adquirentes, disminuyendo el riesgo de confusión que podría estar generando la solución actual a la concurrencia de acreedores, contenida en el artículo 1135° del Código Civil.

4. Se recomienda realizar campañas de sensibilización sobre la necesidad de la inscripción registral de los derechos de propiedad inmueble, dando un especial tratamiento a los riesgos existentes en una concurrencia de acreedores y su funcionamiento, toda vez que el nivel de desconocimiento de estos temas es elevado, lo cual, sumado al carácter facultativo del registro, aumenta la inseguridad jurídica para los adquirentes de bienes inmuebles mediante Compraventa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ancajima Woolcot, Javier. «Ventajas de Tener un Registro Constitutivo Para la Transferencia de la Propiedad Inmueble.» *Gaceta Jurídica Virtual*, 2009: 04.
- Avendaño Valdez , Jorge. *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica 2006.
- Barchi Velaochaga, Luciano. *Código Civil Comentado. Tomo VI* . Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- Bullard G., Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial*. Lima: Ara Editores, 1990.
- Carrión Lugo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2007.
- Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la Venta Tomo I*. Lima : Fondo Editorial de la PUCP, 2000.
- Código Civil*. 1984.
- Cuadros Villena, Carlos Ferdinand . *Derechos Reales. Tomo II*. Cultural Cusco S.A, 1995.
- De La Puente Y Lavalle, Manuel. *EL CONTRATO EN GENERAL*. Lima: Palestra Editores, 2011.
- . *El Contrato en General. Tomo II*. Lima: Palestra, 2003.
- Escobar Rosas, Freddy. *Estudios sobre el Contrato en General*. Lima: ARA Editores., 2004.
- Gonzáles Barrón , Gunther. *Derecho Reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009.
- . *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales, 2010.

González Barrón, Gunther. *Derecho Registral y Notarial. Tomo I*. Lima: Jurista Editores, 2012.

—. *Derechos Reales*. Ediciones Legales: Lima, 2005.

Hinostroza Minguez, Alberto. *Derecho Procesal Civil. Medios Probatorios*. Lima: Jurista Editores, 2012.

Messineo, Francesco . *Doctrina Genenal del Contrato*. Lima: ARA Editores , 2007.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979.

—. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.

—. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.

Miranda Canales, Manuel. *Derecho de los Contratos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2007.

—. *Derecho De Los Contratos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2007.

Morales, Rómulo. *Revista Electrónica de Derecho Registral y Notarial*, 2009.

Moreyra García Sayán, Francisco. *El Acto Jurídico Según el Código Civil Peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.

Muñiz Zichez, Jorge. *El Código Civil del Siglo XXI*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000.

Musto, Néstor Jorge. *Derechos Reales. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001.

—. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1998.

Ramírez Cruz, Eugenio. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2011: 22.

Ramírez Cruz, Eugenio. *Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 156*, 2011: 20.

—. *Trado de Derechos Reales. Tomo II*. Lima: Rodhas, 2007.

—. *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Rodhas, 2004.

Romero Zavala, Luis . *Teoría General De Los Contratos*. Lima: FECAT, 2008.

Romero Zavala, Luis. *El Contrato de Compra - Venta*. Lima: FECAT, 2004.

Torres Vásquez , Aníbal. *Código Civil Comentado*. Librería y Ediciones Jurídicas, 1998.

Torres Vásquez, Anibal. *Acto Jurídico*. Lima: IDEMSA, 2008.

Vásquez Ríos, Alberto. *Derechos Reales. La Propiedad*. Lima: San Marcos, 2003.

Vidal Ramírez, Fernando. *El acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.