



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Análisis comparado del sistema de transferencia
inmobiliario peruano. El título-modo como expresión
de seguridad jurídica en la transferencia de la
propiedad**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Yoel Edmundo TRUJILLO BLAS

ASESOR

Mg. Jairo Napoleón CIEZA MORA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Trujillo, Y. (2023). *Análisis comparado del sistema de transferencia inmobiliario peruano. El título-modo como expresión de seguridad jurídica en la transferencia de la propiedad*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política/Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Yoel Edmundo Trujillo Blas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	43991194
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-0040-9642
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Jairo Napoleón Cieza Mora
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	18121973
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-5501-7377
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Enrique Antonio Varsi Rospigliosi
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09157393
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Oreste Gherson Roca Mendoza
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	42984159
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Oscar Alberto Huerta Ayala
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	07646182
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Segundo José Leyva Saavedra
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	25645967
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.1.5. Derechos Reales
Grupo de investigación	NO APLICA
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos Unidad de Postgrado Derecho País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: Av. Gral. Sta. Cruz 711, Jesús María Latitud: -12.0725473940503 Longitud: -77.04325909355556
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Agosto 2019 – febrero de 2022 2019 - 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.00



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, siendo las diecinueve horas, bajo la Presidencia del Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y con la asistencia de los Profesores: Mg. Oscar Alberto Huerta Ayala, Mg. Oreste Gherson Roca Mendoza, Mg. Segundo José Leyva Saavedra, Mg. Jairo Napoleón Cieza Mora, y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Yoel Edmundo TRUJILLO BLAS**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“ANÁLISIS COMPARADO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO PERUANO. EL TÍTULO-MODO COMO EXPRESIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD”**.


Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

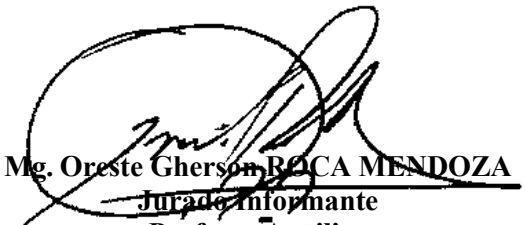
Aprobado con la calificación de muy bueno con la nota de dieciocho (18)

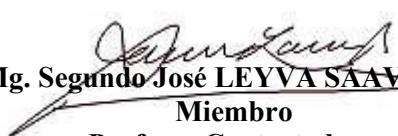
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Yoel Edmundo TRUJILLO BLAS**.


Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las veinte horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Enrique Antonio VARSI ROSPIGLIOSI
Presidente
Profesor Principal


Mg. Oscar Alberto HUERTA AYALA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar


Mg. Oreste Gherson ROCA MENDOZA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar


Mg. Segundo José LEYVA SAAVEDRA
Miembro
Profesor Contratado


Mg. Jairo Napoleón CIEZA MORA
Asesor
Profesor Invitado

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 055-2023-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
4. DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**
7. **AUTOR:** YOEL EDMUNDO TRUJILLO BLAS
8. **TESIS:** “ANÁLISIS COMPARADO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO PERUANO. EL TÍTULO-MODO COMO EXPRESIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 15/05/2023
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**
16/05/2023
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
 - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. 04% (Cuatro por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1sFcRbvFTMvRlSy0jHDFeFNpt6fOeS5A3/view?usp=share_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

- a) Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 18 de mayo del 2023



Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

*A mi esposa, por su infinita tolerancia a
mis largas horas de ausencia destinadas a
la biblioteca.*

“Todo aquel que desee saber qué ocurrirá debe examinar qué ha ocurrido: todas las cosas de este mundo, en cualquier época, tienen su réplica en la Antigüedad”.

Maquiavelo

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN Y PALABRAS CLAVES	xii
ABSTRACT AND KEY WORDS	xiv
INTRODUCCIÓN	001

PARTE I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	008
II. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	011
III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	012
3.1. Razones o motivos e importancia del tema a ser investigado.....	012
IV. SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	016
V. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	017
VI. METODOLOGÍA.....	018
6.1. Tipo y Nivel de Investigación.....	020
6.2. Diseño de Investigación.....	021
6.2.1. Métodos.....	021
6.2.2. Técnica de Acopio de Información.....	026
6.2.3. Instrumentos.....	027
6.3. Población y Muestra.....	027
VII. PROPUESTA DE SOLUCIÓN QUE SE PROYECTÓ.....	028

PARTE II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

1.1. Antecedentes de la investigación.....	031
1.2. Estado actual del problema.....	037

CAPÍTULO II

TOMA DE POSTURA

EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO GERMÁNICO SU FORMACIÓN Y AFIRMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA HISTÓRICA

2.1. EL DERECHO COMPARADO, SU IMPORTANCIA Y DIMENSIONES.....	042
2.1.1. Aparición y evolución de la Comparación Jurídica.....	043
2.1.2. Teorías desde las que se intentan explicar el Derecho comparado.....	046
2.1.3. Problemas en la delimitación del objeto y el método de la Comparación Jurídica.....	051
2.2. REFERENCIA A LOS SISTEMAS JURÍDICOS, CON ÉNFASIS EN EL <i>COMMON LAW</i>	058
2.2.1. ¿Por qué el <i>Common Law</i> abrazó un sistema diverso al Derecho Romano?.....	063
2.3. FORMACIÓN DEL SISTEMA ROMANO GERMÁNICO.....	068
2.3.1. Del Derecho Romano y de su supervivencia a la caída del imperio.....	069
2.3.2. De la formación del <i>Ius commune</i> europeo medieval.....	074

CAPÍTULO III

LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA MATRICES EN LAS CODIFICACIONES MODERNAS.

3.1. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE SISTEMA DE TRANSFERENCIA.....	093
3.2. LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA	

EN EL DERECHO ROMANO	096
3.2.1. Los sistemas arcaicos de transferencia	097
3.2.2. Consolidación de <i>traditio</i> como único modo de transferencia	110
3.2.3. La <i>mancipatio</i> , <i>in jure cesio</i> y la <i>traditio</i> como publicidad de la transferencia	132
3.3. LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO	134
3.3.1. Función de la inscripción registral en los sistemas de título y modo	141
3.4. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA CONSENSUAL	148
3.4.1. Función de la inscripción registral en el sistema consensual	155
3.4.2. La transferencia consensual y su ausencia de inoponibilidad a terceros	158
3.5. SISTEMA ABSTRACTO DE TRANSFERENCIA	161
3.5.1. El acuerdo real o <i>Auflassung</i> como negocio jurídico abstracto de disposición	165
3.5.2. La inscripción registral de la <i>auflassung</i> como expresión del sistema registral constitutivo	172
3.5.3. El binomio presunción registral de exactitud e inscripción constitutiva	176
3.5.4. Algunas observaciones importantes al sistema alemán	178

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

COMPARATIVA DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA EN LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA.

4.1. EN EL ÁMBITO EUROCONTINENTAL	182
4.1.1. Los ordenamientos jurídicos que acogen el sistema del título y modo	182
(i) El Ordenamiento jurídico español	182
(ii) Ordenamiento jurídico de los Países Bajos	187
(iii) El ordenamiento jurídico austriaco	193
(iv) El ordenamiento jurídico suizo	198

(v) Código Civil de Rumania (2009).....	200
(vi) Ordenamiento civil de la República de Albania (1994).....	205
(vii) El Código Civil de Bielorrusia (1998).....	208
(viii) El Ordenamiento jurídico ruso (1995).....	213
4.1.2. Los sistemas consensualistas.....	220
(i) El ordenamiento jurídico italiano (1942).....	220
(ii) El ordenamiento jurídico portugués (1966).....	223
4.2. LA TRANSFERENCIA INMOBILIARIA EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA.....	228
4.2.1. Códigos civiles consensualistas.....	229
(i) Código Civil Boliviano de 1975.....	229
(ii) Código Civil de Venezuela (1982).....	231
(iii) Código Civil Paraguayo (1985).....	234
(iv) Código Civil de Guatemala (1963).....	237
(v) Código Civil de la República Dominicana (1884).....	241
4.2.2. Los códigos que adoptan el título y modo romano.....	244
(vi) Código Civil Argentino (1871).....	244
(vii) Código Civil Uruguayo (1869, adecuada en 1995).....	249
(viii) Código Civil de Puerto Rico (1930 y 2020).....	257
(ix) Código Civil y Comercial Argentino (2014).....	263
(x) Código Civil de Honduras (1906).....	270
4.2.3. La <i>traditio</i> entendida como inscripción registral.....	272
(xi) El Código Civil de la República de Chile (1855).....	272
(xii) El Código Civil de Colombia (1873).....	282
(xiii) Código Civil de Ecuador (1970).....	287
4.2.4. Los sistemas de inscripción registral causada como modo de transferencia sin denominar <i>traditio</i>	289
(xiv) Código Civil Brasileiro (2002).....	289
(xv) Código Civil Panameño (1917).....	293
4.3. <i>EXCURSUS</i> . EL CÓDIGO CIVIL CHINO (2020).....	295

CAPÍTULO V

PROPUESTA DE SOLUCIÓN PARA SUPERAR EL DIALELO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO PERUANO ATRAPADA ENTRE EL CONSENSUALISMO EXTREMISTA, LA INFORMALIDAD Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA.

5.1.	PETRIFICACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA CONSENSUAL EN LA CODIFICACIÓN PERUANA.....	299
5.1.1.	El primer Código Civil promulgada en 1852.....	300
5.1.2.	El Código Civil de 1936.....	304
5.2.	EL VICIO INSTAURADO: EL CONSENSUALISMO VIGENTE Y LA ACENTUACIÓN DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA.....	308
5.2.1.	Intentos de reforma del Código Civil y la afirmación del vigente sistema transferencia inmobiliaria.....	311
5.2.2.	La formalización inmobiliaria imposible (destejando a lo Penélope).....	313
5.3.	CONSENSUALISMO Y REGISTRO PÚBLICO ¿COORDINACIÓN O CONTRADICCIÓN?	320
5.3.1.	Sujeción de la fórmula consensualista a los imperativos registrales.....	323
(i)	La legitimación registral o presunción de exactitud.....	323
(ii)	La inoponibilidad de lo no inscrito como primer ámbito de protección al tercero.....	326
(iii)	Inatacabilidad del tercero registral de buena fe, el segundo ámbito.....	334
5.3.2.	Acromatopsia en el plenario de jueces superiores civiles de noviembre de 2020 y la seguridad jurídica inmobiliaria.....	344
5.3.3.	Fraude inmobiliario sofisticado, la fe pública registral, la Ley N° 30313 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	357
5.4.	SINTESIS DE LA RESULTANTE COMPARATIVA Y VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.....	367

CAPÍTULO VI

CONSENCUENCIAS

6.1. LO QUE JAMÁS SE DEBE OLVIDAR: EL CONSENSUALISMO COEXISTE CON LA DOBLE VENTA INMOBILIARIA.....	371
6.2. BENEFICIOS: PAUTAS DESDE EL DERECHO COMPARADO PARA UN STIP EFICIENTE Y SEGURA.....	378
6.2.1. Un paliativo urgente en el estado actual del Código Civil.....	378
6.2.2. La reforma reclamada hace más de una centuria: el registro constitutivo.....	382
CONCLUSIONES.....	391
RECOMENDACIONES.....	397
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y SITIOS WEB.....	404

LISTA DE FIGURAS

— Fig. N° 01.....	89
— Fig. N° 01.a.....	90
— Fig. N° 02.....	91
— Fig. N° 03.....	91
— Fig. N° 04.....	92
— Fig. N° 05.....	147
— Fig. N° 06.....	148
— Fig. N° 07.....	160
— Fig. N° 08.....	181
— Fig. N° 09.....	329
— Fig. N° 10.....	333
— Fig. N° 11.....	342
— Fig. N° 12.....	343

RESUMEN:

La investigación aborda desde la macrocomparación sincrónica —con algunos atisbos diacrónicos— el problema de la inseguridad jurídica de la transferencia inmobiliaria en el ordenamiento jurídico peruano, el cual a partir del primer Código Civil (1852) se adhirió al sistema consensual, espiritualista o francés y, propone una solución jurídica a través de la modificación de los artículos 143°, 949°, 1135° y 2022° del vigente Código Civil, así como la necesaria implementación de un “índice notarial unificado de actos de constitución de derechos reales inmobiliarios (INUADRI)” mediante la incorporación de una disposición complementaria al Decreto Legislativo No. 1049 —del Notariado—.

La investigación, bajo la égida del modelo teórico-histórico, *ab initio* analiza las bases del origen, evolución y afirmación de la familia del derecho romano germánico, de la consolidación del derecho comparado como disciplina autónoma, en el mismo orden examina el origen y formación de los sistemas de transferencia de propiedad en el derecho eurocontinental comenzado por el derecho romano y su derivación hacia los sistemas del título y modo, el sistema francés y el sistema abstracto o germano, enfatizando en la particularidad de cada uno.

La parte medular de la investigación resulta la comparación sincrónica de los sistemas de transferencia inmobiliaria al que se adhieren las legislaciones más representativas del *Civil Law* teniendo como muestra a 26 Códigos Civiles. La comparación muestra que el sistema de transferencia más preponderante es el del registro constitutivo causalista —una suerte de título y modo transformado—, seguida de ordenamientos jurídicos que adoptan el sistema de la *traditio* complementada por un registro declarativo cuyas reglas de prioridad son factores definitivos para atribuir la titularidad excluyente en caso de concurrencia de titulares disputantes sobre un mismo inmueble, regla que también es compartida por las codificaciones que optan por el sistema consensualista.

El análisis comparativo arroja tres cuestiones esenciales, primero, que en todas las legislaciones verificadas la publicidad es un elemento definitivo en la transferencia inmobiliaria; segundo, los negocios jurídicos de transferencia inmobiliaria están

sujetos a formalidad *ad solemnitaten* —los códigos consensualistas también exigen que el consentimiento conste en documento escrito y público—; y, tercero, las legislaciones que no adoptan el sistema registral constitutivo —*traditio* y consensualistas—, establecen una cláusula de relatividad de la transferencia sin inscripción registral por el cual la adquisición no inscrita carece de la fuerza necesaria para oponer o derribar la adquisición inscrita de buena fe.

La investigación, muestra finalmente que, el ordenamiento jurídico civil peruano se aparta de todas las demás por cuanto los negocios jurídicos cuyo objeto sea la transferencia inmobiliaria no requieren observar formalidad alguna, además, carece de una cláusula de relatividad de las transferencias meramente consensuales que conlleva a confusiones judiciales como el incurrido en el acuerdo plenario de jueces superiores civiles del 25 de noviembre de 2020 que extrema la nulidad de la doble venta *per se* sin el menor cuidado respecto a la buena fe y especialmente la registral.

Palabras clave:

Sistema de transferencia inmobiliaria, derecho comparado, familia jurídica romano-germano, sistema consensual, sistema de título y modo, sistema abstracto, consensualismo, *traditio*, bienes raíces, *ius commune*, *Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonici*, fórmulas de oponibilidad relativa de la transferencia sin publicidad registral.

ABSTRACT

The research is about the synchronous macro-comparison —with some diachronic hints— the problem of legal insecurity in the real estate transfer in the Peruvian legal system, which, from the first Civil Code (1852) adhered to the consensual, spiritualist or French system; and proposes a legal solution through the modification of articles 143°, 949°, 1135° and 2022° of the current Civil Code; as well as the necessary implementation of a “unified notarial index of acts of constitution of real estate rights (INUADRI)” by means of the incorporation of a complementary provision to the Legislative Decree No. 1049 —of the Notary Public—.

The research under the aegis of the *ab initio* theoretical-historical model analyzes the bases of the origin, evolution and affirmation of the family of Roman-German law, as well as the consolidation of comparative law as an autonomous discipline. In the same order, it examines the origin and formation of property transfer systems in Eurocontinental law, started by the Roman law and its derivation towards the systems of title and mode; the French system and the abstract or German system, emphasizing the particularity of each one.

The core part of the research is the synchronous comparison of the real estate transfer systems to which the most representative Civil Law legislations adhere, taking 26 Civil Codes as a sample. The comparison shows that the most preponderant transfer system is the one from the causal constitutive register —a sort of transformed title and mode—, followed by legal systems that adopt the system of *traditio* complemented by a declarative register whose priority rules are definitive factors for attributing exclusive ownership in the event of concurrence of disputing owners over the same property, a rule which is also shared by the codifications that opted for the consensual system.

The comparative analysis reveals three essential questions: First, that in all verified legislation, advertising is a definitive element in the transfer of property; second, the legal transactions of real estate transfer are subject to formality *ad solemnitatem* —the consensual codes also demand the consent to be expressed in a written and public document—; and, third, the laws that do not adopt the constitutive registration system —*tradition* and consensual—, establish a relativity clause of the transfer without

registration by which the non-registered acquisition lacks the necessary force to oppose or overthrow the registered acquisition of good faith.

The research finally shows that the Peruvian civil legal system is away from the others. Consequently, the contract whose object is the real estate transfer, do not require observing any formality. In addition, it lacks a clause of relativity of the merely consensual transfers that entails to judicial confusions such as the one incurred in the plenary agreement of superior civil judges of November 25, 2020, which extremes the nullity of the double sale per se without the slightest care regarding good faith, and especially, the registry.

Keywords:

Real estate transfer, comparative law, Romano-German family law, consensual system, title and manner, abstract system, extremist consensualism, *traditio*, *traditio* of real estate, *ius commune*, *Corpus Juris Civilis* and *Corpus Juris Canonici*.

INTRODUCCIÓN

Imaginemos por un momento que un cliente nos formula una consulta respecto a que está a punto de concluir un contrato de adquisición de un inmueble determinado que goza de inscripción registral y nos hace la interrogante ¿Qué requiero para adquirir el derecho de propiedad sobre dicho inmueble? Las respuestas seguramente serán diversas, algunos optarán porque no requiere más que celebrar un contrato de compraventa, que inclusive podría celebrarlo de manera verbal, otros por el contrario le sugerirán que inscriba en el Registro de Predios su compraventa, otros sugerirán realizar previamente toda una indagación para evitarse sorpresas, por citar algunos, verificar la posesión del predio, investigar los antecedentes, estado civil del vendedor, etc.

¿Quién asesoró con mayor acierto?, a mi parecer todos y ninguno a la vez, pues según el conjunto de dispositivos del Código Civil que rigen el momento en que muta el derecho de propiedad de un sujeto a favor de otro, en un eventual conflicto de intereses sobre un mismo inmueble, todos y nadie pueden tener la razón. Expliquemos por qué.

Sigamos suponiendo que el cliente hizo caso al primer asesor, celebró un contrato de compraventa, pero con un poco de diligencia para acallar las dudas que le angustiarían la existencia, no se conforma con una compraventa verbal sino lo eleva a Escritura Pública, luego de ello va y en efecto ocupa el inmueble, hasta allí todo bien; pero transcurrido medio año recibe una notificación por el cual un tercero le demanda un mejor derecho de propiedad, adjuntando como medio probatorio principal una copia literal de los Registros Públicos en el cual se verifica que éste es propietario en virtud a que el mismo vendedor un día después que a nuestro cliente le otorgó en compraventa.

Entonces ¿Se equivocó el que ofreció la primera sugerencia? La respuesta, otra vez, es un simultáneo sí y no. Sí por cuanto acorde con las reglas registrales la prioridad para alcanzar la propiedad en una múltiple enajenación lo ostenta quien tiene el derecho inscrito, mientras que no, porque es posible sostener que en tanto el vendedor había transferido ya el predio por el sistema de transferencia consensual instaurado por el

Artículo 949° del Código Civil, el vendedor ya no podía transferir y se puede postular que la compraventa del demandante sufre de alguna patología.

Ahora imaginemos que el cliente, le hizo caso a quien le aconsejó que inscriba su compraventa en el Registro de Predios, y en efecto así lo hace, él está muy seguro que con su negocio jurídico debidamente inscrito, jamás nadie le podrá despojar del derecho de propiedad que ostenta, sin embargo un día acude a ocupar el inmueble pero ¡oh sorpresa!, hay alguien poseyendo el inmueble en virtud a una compraventa elevada a Escritura Pública la misma que, además, resulta ser anterior al de nuestro cliente, es más al siguiente mes recibe el traslado de una demanda sobre nulidad de su acto jurídico de compraventa. ¿A caso el segundo asesor también falló?, sí y no. Sí porque no le dijo que en nuestro país respecto a la transferencia de propiedades inmobiliarias lo único seguro es que nadie tiene el derecho seguro, y no por que jurídicamente no exista un modo mejor que amparar el derecho a través de la inscripción registral.

El ejemplo imaginario al que hemos recurrido versa sobre bien inmueble inscrito, si ensayáramos ejemplos sobre predios sin inmatriculación la incertidumbre es peor. Al margen de ello, ese ejemplo algo simplista, describe un problema real en la determinación de la situación jurídica de propietario respecto a los bienes inmuebles en un eventual reclamo de titularidad múltiple excluyente sobre el mismo, un problema del subsistema jurídico civil por cierto bastante delicado, que se viene ahondando cada vez, pues es un problema que no es reciente, sino de larga data, se origina con el primer Código Civil, el de 1852, en cuanto respecto a los contratos de compraventa se estableció en su Art. 1308° el perfeccionamiento puramente consensual de la transferencia de la propiedad, esto es, sin exigencia de ninguna formalidad ni siquiera de documento escrito. Así, la codificación civil peruana significó la supresión absoluta de la *traditio* que era la base de la adquisición de propiedad desde el derecho castellano.

Sobre el sistema de transferencia consensual en la transferencia inmobiliaria y su relación inversa con la seguridad jurídica se ha investigado en abundancia, a pesar de ello, el problema en nuestro sistema jurídico persiste, la informalidad no se ha superado y este es un caldo de cultivo para la inseguridad en las adquisiciones. La respuesta del sistema de justicia ha sido peor. Es que respecto al conocido conflicto

derivado de la compraventa inmobiliaria no inscrita A — B contra la compraventa inscrita A — C, es decir, respecto a la disputa del derecho de propiedad entre B y C, al problema conocido como doble venta inmobiliaria, la Corte Suprema resolvía como se le venga en gana, generando ejecutorias supremas contradictorias, amparando unas veces al adquirente sin inscripción registral (B) y otras veces al adquirente con inscripción registral (C). En la Casación 2632-99- Callao la Corte Suprema falló a favor del comprador con título menos antiguo pero cuyo derecho se encuentra inscrito y obró de buena fe, mientras que en la Casación 889-2017, Lima Norte favoreció al adquirente más antiguo en desmedro del adquirente inscrito, por ausencia de buena fe. Esta tendencia de no preferir al adquirente inscrito por ausencia de buena se mantiene desde la Casación 310-2008-Lima, Casación 3464-2013-Lima Norte, Casación 1634-2015-Cajamarca y la Casación 1589-2016, Lima Norte (Vargas Sequeiros, 2020).

Pese a que la Corte suprema ha establecido una pauta sujeta a la buena fe, la respuesta más sorprendente del sistema judicial ha sido el acuerdo tomado por los jueces superiores civiles de la república en el pleno jurisdiccional nacional de fecha 25 de noviembre de 2020, en el cual establecieron como criterio jurisprudencial respecto a que en los casos de doble venta inmobiliaria “El segundo contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado por el mismo vendedor con un distinto comprador, es nulo por alguna o algunas de las siguientes causales: (i) finalidad ilícita, (ii) objeto jurídicamente imposible, y/o (iii) ser contraria a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres” (El Peruano, 01/12/2020), es decir, la segunda compra es directamente nula sólo por ser de fecha posterior a pesar de estar inscrita, no importando si el segundo comprador obró de buena fe, con la agravante que es nula casi bajo cualquiera de las causales señaladas en el Art. 219° del Código Civil.

De consolidarse tal como está el criterio acordado por los jueces superiores, es decir, sin consideración de la prioridad u oponibilidad registral y, sobre todo, sin en análisis exhaustivo de la buena fe del que está imbuido el derecho inscrito, hay un grave riesgo, pues se habrá socavado el sistema registral con el cual coordina el sistema consensual, es que se está optando sin contemplaciones por el privilegio de la adquisición clandestina u oculta frente a una adquisición publicitada. En ese escenario ninguna adquisición inmobiliaria estará segura por más que esté inscrita y se haya procedido con buena fe, puesto que será suficiente que alguien haga aparecer un título que sea de

fecha más antigua que el título inscrito para subvertir esta última, con lo fácil que es celebrar y mantener oculto adquisiciones ninguna adquisición tendrá seguridad en adelante.

El sistema de transferencia inmobiliaria está cada vez más sumido en la incertidumbre y desde la doctrina nacional (pese a su abundancia) no se ha ofrecido un análisis definitivo o concluyente. Por ello la presente investigación examina las causas de la tara de nuestro sistema de transferencia no sólo desde una perspectiva enteramente comparada¹, sino también a través de un análisis exhaustivo de los orígenes y evolución de los sistemas de transferencia a través de la historia misma del sistema jurídico eurocontinental.

Con esa finalidad se ha realizado una construcción correlacionada de la consolidación de la familia *Civil Law* o Derecho romano germánico y de la evolución como disciplina autónoma del propio Derecho comparado. En capítulo aparte se ha examinado con un modelo teórico-histórico el origen y evolución de los sistemas de transferencia, partiendo desde el derecho romano y la *traditio* hasta la consolidación de los sistemas del título y modo, el sistema consensual y el sistema abstracto o germano. Se rescata como aspecto esencial que todos los sistemas de transferencia inmobiliaria existentes son eco de la *traditio* romana. Así, el sistema germano proviene de la concepción o explicación abstracta de la *traditio* al que los teóricos alemanes, especialmente Savigny, lo consideraban como un auténtico contrato traslativo sin necesidad de una causa previa, el sistema consensual por su parte, no se erigió sino de las diversas formas de *traditio* espiritualizadas o *traditio* por declaración.

Desde el examen de la afirmación de los sistemas de transferencia inmobiliaria contemporáneos, en un capítulo siguiente se presenta la comparación sincrónica —con algunos atisbos diacrónicos— de los sistemas de transferencia inmobiliaria al que se adhieren las legislaciones más representativas del *Civil Law*, siendo justamente el

¹ El Derecho comparado como disciplina autónoma ha tomado metodologías prestadas de otras disciplinas, si bien formante y trasplante son los mecanismos más propios de la comparación jurídica, empero, es importante considerar que el funcionalismo nacida desde el aporte de Durkheim viene de la sociología que consideraba a la función como preponderante a la estructura, postulado que luego fue incorporado a las ciencias jurídicas por Luhmann, pero fue con Zweigert y Kötz que se consolidó en el Derecho Comparado; mientras que el estructuralismo viene de la lingüística encontrando como su precursor en Ferdinand De Saussure, pero en el ámbito jurídico se le asocia a Santi Romano (Ferrante, 2021, pp.168-207)

criterio de elección su importancia. Así, se han analizado códigos civiles de diversos países europeos y latinoamericanos, alcanzando un total veintiséis (26) —además de los tres códigos civiles que se ha expedido en nuestra historia republicana—.

Los resultados obtenidos desde la macrocomparación dan cuenta que el sistema de transferencia abstracto conjugado con un sistema registral constitutivo es exclusivamente alemán. Por otro lado, la mayoría de las legislaciones se adhieren al sistema del título y modo, de los cuales se puede hacer una subclasificación en aquellos que conservan la *traditio* auténtica y otro subgrupo que acogen como modo a la inscripción registral en lugar de la entrega, instaurando también un sistema registral constitutivo, pero causalista. Un grupo minoritario se adhiere al sistema consensual de transferencia. Es importante advertir que es denominador común de las legislaciones verificadas que exigen como condición de validez de todo negocio jurídico de enajenación inmobiliaria que conste en instrumento público, nos referimos especialmente a los que adoptan la *traditio* en su versión originaria y los sistemas que se adhieren al sistema consensualista pues las legislaciones que adoptan la inscripción registral constitutiva en lugar de la *traditio* ya tienen implícito la fórmula de negocio jurídico inmobiliario *ad solemnitatem*. Es de destacar también que tanto las legislaciones alineadas a la *traditio* auténtica como las que abrazan el sistema consensual establecen una cláusula de eficacia *inter pares* de la transferencia carente de inscripción registral, pues le adjudican oponibilidad universal a la transferencia inscrita, de manera que la inscripción registral de buena fe es el criterio de determinación de titularidad en caso de disputa por pluralidad de adquirentes con títulos incompatibles.

La legislación civil peruana no sigue la tendencia que abrazan todas las legislaciones en cuanto a la exigencia de instrumento público como condición de validez respecto a los negocios jurídicos cuyo objeto sea la enajenación inmobiliaria, esto ha sumido al fenómeno de dominio inmobiliario en una informalidad insostenible. Además, no hay una regulación enfática respecto a la eficacia relativa de la transferencia meramente consensual como sí establecen todos los demás códigos consensualistas. Esta omisión resulta ser la causa para que jueces de la república no tengan un panorama claro de la relación del sistema consensual de transferencia inmobiliaria con el sistema registral de inoponibilidad que a su vez les decanta a asumir criterios riesgosos como lo acordado

en el pleno jurisdiccional nacional de jueces superiores civiles con fecha 25 de noviembre de 2020.

Esta investigación no pretende cerrar el debate sobre los problemas del sistema de transferencia inmobiliario peruano, más si se asume una perspectiva enteramente comparatista, es solo el inicio de un largo andar por esta senda teórica, porque todo conocimiento científico es inacabado. Es de destacar que seguramente se sumarán nuevas investigaciones que puedan superar y corregir las deficiencias generadas por las barreras que se ha tenido en el trayecto, especialmente el acceso a los textos de cada legislación examinada en sus idiomas auténticos, pues la traducción al inglés, al que se ha recurrido, en ocasiones conlleva alteración de instituciones jurídicas por la diferencia de modelos entre el *common law* y el *civil law*.

Lima, enero de 2022

El tesista.

PARTE I
ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

El Código Civil Peruano vigente regula en el Libro V de los Derechos Reales, Sección Tercera, Título Segundo, Capítulo Segundo como modos de adquisición de la propiedad privada, la apropiación, la especificación y mezcla, la accesión, por transmisión y por prescripción adquisitiva.

El presente proyecto de investigación se enmarca dentro la penúltima modalidad de la adquisición del derecho de propiedad privada, vale decir, la adquisición por transmisión a través de actos de autonomía de la voluntad. En lo que respecta a los bienes inmuebles determinados o individualizados, se establece en el artículo 949° que la transmisión opera, sin mayor exigencia que “la sola obligación de enajenar”, es decir, si el inmueble está determinado y sobre ella se asume obligación –por supuesto, sería– de enajenar, automáticamente opera la transferencia del derecho de propiedad a favor del titular de la obligación enajenatoria. La obligación de enajenar es entendida como aquella “obligación de dar el bien disponiendo el derecho de propiedad que se ostenta a favor de quien lo recibe”, ésta puede obedecer a múltiples tipos de negocios jurídicos (compraventa, donación, permuta, aporte societario, dación en pago, compensación, etc.).

El referido artículo, el cual resulta ser el texto legal más importante de regulación del tráfico jurídico inmobiliario, recoge lo que en doctrina se denomina como “el sistema consensual de transferencia”, según el cual el acuerdo de voluntades es todopoderoso por cuanto a la vez de crear obligaciones, también traslada el derecho de propiedad a favor del titular de la obligación enajenatoria, por ejemplo si un sujeto A (vendedor) celebra con el sujeto B (comprador) un contrato de compraventa del inmueble X, éste último, según tal dispositivo habrá adquirido el derecho de propiedad, en otros términos, B será propietario del inmueble X. El sistema consensual sólo exige que se haya producido lo que nosotros denominamos el “acuerdo enajenatorio”, no exige ningún otro requisito, por último, ni siquiera que B haya efectuado el pago del precio de la compraventa, tampoco exige que el “acuerdo enajenatorio” debe constar,

por lo menos, en un documento privado, que ésta tenga fecha cierta, que debe elevarse a Escritura Pública, menos que se entregue el bien y/o que el acuerdo enajenatorio goce de la inscripción registral de tal contrato traslativo, salvo en el caso de que el “acuerdo enajenatorio” provenga de una donación, para el que se exige su elevación a escritura pública, pero aún en éste último caso, no como presupuesto de la transferencia, sino como presupuesto de validez del propio acuerdo.

La inexigencia de requisitos para la transferencia de propiedad inmobiliaria, naturalmente, en cualquier miembro de la comunidad jurídica despierta una preocupación no sólo de índole académica y social, sino, fundamentalmente epistemológico, y en efecto, así fue desde la reforma del Código Civil de 1852 y hasta el de 1936, tanto legisladores, juristas, jueces, abogados y en general todo operador jurídico han mostrado un grado de inquietud superlativo que ha conducido a la existencia de múltiples enfoques, ninguno ha arribado a una solución concreta, pues el consensualismo sigue vigente y la inseguridad jurídica es la constante respecto a la propiedad inmobiliaria.

Lo mostrado hasta allí, aún resulta pacífico en comparación, con los efectos jurídicos que ha generado y sigue generando dicho sistema, expliquemos: en el país, existen bienes inmuebles que gozan de inscripción registral y otras que no, sobre las primeras, rigen ciertos axiomas registrales cuyo fin es la seguridad jurídica, como por ejemplo el principio de legitimación, inatacabilidad al adquirente amparado en la fe pública registral e inoponibilidad del derecho no inscrito, a través de todas ellas cuando existe conflicto de concurrencia sobre el bien entre quien ostenta un derecho inscrito y el que no lo ostenta, se prefiere siempre al primero, tanto es así que el Artículo 1135° del Código Civil, que regula propiamente “la prelación de concurrencia de acreedores sobre la pretensión de entrega de un bien inmueble”, ha señalado la preferencia al reclamante con derecho inscrito; en cambio, sobre los inmuebles no inscritos, la norma que gobierna la transferencia de propiedad es el aludido Artículo 949°. Añadido a ello, no se ha expresado nada respecto al rol que juega la “entrega” en la transferencia del derecho de propiedad inmobiliaria. Esas incongruencias y vacíos, han generado un absoluto caos e inseguridad jurídica en la solución de conflictos de determinación de la situación jurídica subjetiva de propietario sobre un bien inmueble, pues tanto tratadistas, jueces, abogados y justiciables no concuerdan sobre cuál es el presupuesto

de la traslación del derecho propiedad, existiendo inclusive ejecutorias supremas opuestas y contradictorias, tutelándose a veces al comprador amparado en virtud a la sola obligación de enajenar por encima del que tiene el derecho inscrito (sucede generalmente cuando el primero ha demandado invalidez del contrato), a veces a éste último por encima del que además de ostentar titularidad sobre la obligación de enajenar, también ejerce la posesión; la apreciación de esos conflictos y los modos de resolverse los mismos, ha generado los más acalorados debates, no sólo entre los juristas del ámbito local², sino también en la doctrina extranjera³ (sobre todo la doctrina francesa⁴ e italiana).

Por la razón precedentemente aludida, es posible sostener que el sistema de la transferencia inmobiliaria no es un tema propiamente novedoso, pues ríos de tinta han corrido al respecto, empero el consensualismo ha imperado no por ser un sistema eficiente, sino por razones puramente históricas y fundamentos que desde una revisión exhaustiva no alcanzan a justificarla ni siquiera en el mínimo grado.

La seguridad jurídica en la transferencia inmobiliaria es un tema viejo, sin embargo, no se le ha otorgado una adecuada solución, ni a nivel dogmático, ni

² Entre algunos de quienes se han ocupado del tema podemos citar a: —a) Avendaño Valdez, Jorge (2000). El Derecho de Propiedad, El sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil. En: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, Año I N° 2, Palestra Editores. —b) Beltran Pacheco, Jorge (2001). Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 38. —c) Bigio Chrem, Jack (1991). La compraventa y la transmisión de propiedad. En: *Biblioteca para Leer el Código Civil*. Lima Fondo Editorial de la PUCP. —d) Bullard Gonzalez, Alfredo (2003). Sistemas de Transferencia de Propiedad, En: *Derecho y Economía*, Palestra Editores, Lima-2003; —e) Castillo Freyre, Mario y Osterling Parodi, Felipe (1999). La transferencia de Propiedad en el Perú. En: *Ius Et Praxis*, Universidad de Lima, N° 30. —f) De la Puente y Lavalle, Manuel (1996). Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad. En: *Scribas*, N° 2, Arequipa; —g) Escobar Rozas, Freddy (2002). El Contrato y los Efectos Reales, En: *Ius Et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, N° 25; —h) Fernandez Cruz, Gastón (1994). La Obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la Propiedad inmueble en el Perú. En: *THEMIS-Revista de Derecho* N°. 30. Lima. —i) Forno Florez, Hugo (1993). El Contrato con Efectos Reales. En: *Ius Et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°. 7; —j) Torres Mendez, Miguel (1991). La transferencia de propiedad de los bienes incorporales en el código civil, En: *Derecho*, N° 45, PUCP; —k) Vazquez Ríos, Alberto (s.f.). *Los Derechos Reales: La propiedad*, Ed. San Marcos, Lima-Perú; —Etc.

³ Por ejemplo, Sarsfield sostenía que “La falsa idea de la identificación del contrato con el dominio, no fue más que una aberración local, ridícula, pertenece a lo pasado y tiene hoy simplemente valor histórico” (Velez, 1971, p. 125).

⁴ Según Planiol y Ripert (1946) “la entrega es la puesta en posesión del comprador, la convención de dar no puede ser por sí misma traslativa de propiedad que es un derecho; mucho menos de la posesión que es un hecho, entonces es preciso que el vendedor se la entregue físicamente, pues la entrega consensual es una fantasía jurídica por demás infantil” (pp. 63-64).

legislativo, ni jurisprudencial; por ello, a través la presente investigación se efectuó una tratativa revolucionara de la teoría consensualista de transferencia inmobiliario, partiendo por el análisis de los sistemas de transferencia en la codificación del civil law y su comparación con el sistema nuestro, planteando como problema epistemológico-jurídico si el “mero acuerdo enajenatorio de las partes”, sin la concurrencia de ningún mecanismo adicional de publicidad, es un medio eficaz para otorgar seguridad jurídica a la traslación del derecho de propiedad privada, partiendo desde las perspectivas: (i) la “obligación de enajenar” como elemento esencial del derecho de crédito, mas no del derecho real (ii) diferencia de los derechos reales y derechos de crédito; (iii) la ausencia de “exclusión” o también denominado “oponibilidad universal” del derecho eventualmente transmitido por el sólo consenso, exclusión que constituye el contenido esencial del derecho de propiedad, (iv) los principios registrales de legitimación, fe pública registral e inoponibilidad del derecho no inscrito, como antítesis del sistema consensual, y (v) la ausencia de seguridad jurídica de la aparente propiedad adquirida vía sólo “consenso”, como su negación; teniendo como horizonte correlativo a dicha reformulación teórica, el planteamiento del(os) mecanismo(s) adecuado(s) que posibilite(n) la transferencia eficaz del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, esto es, una propiedad con la concurrencia de su elemento esencial (exclusión de terceros).

La revisión y comparación de la legislación civil extranjera de tradición romano-canónico, permitió establecer si en aquellas legislaciones, la transferencia de la propiedad inmueble opera sin la exigencia de ninguna publicidad, en todo caso, verificar si en dichas legislaciones el consenso en puridad es generadora de la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles. Sobre la base de los elementos comunes o más trascendentes que se extraigan de tal análisis, servirán para disgregar el sistema de transferencia local y la propuesta de alternativas de mejora.

II. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

2.1. Problema General

El problema trascendental que a través de la presente investigación se buscó contestar a ¿Cuáles son los mecanismos jurídicos que las principales legislaciones civiles extranjeras de corte romano-germano han adoptado para otorgar seguridad jurídica a la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles y qué relación guardan con la transferencia de propiedad inmobiliaria en la legislación civil peruana, si desde esa perspectiva el sistema del “mero acuerdo enajenatorio de las partes”, es un mecanismo eficaz para otorgar seguridad jurídica a la traslación del derecho de propiedad privada?

2.2. Problemas específicos

- (i) La investigación también abordó sobre ¿Cuáles son los fundamentos por los que la legislación civil peruana persiste en mantener el sistema consensual de transferencia inmobiliario?
- (ii) Se intentó responder la cuestión ¿En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho adquirido por la “sola obligación de enajenar” resulta acorde con las exigencias de seguridad jurídica y efectividad en la transferencia de propiedad?
- (iii) ¿Cuáles son los mecanismos efectivos instaurados en la legislación comparada para otorgar seguridad jurídica a la transferencia inmobiliaria y cuáles de aquellos mecanismos serían aplicables en el ordenamiento jurídico peruano?

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. Razones o motivos e importancia del tema a ser investigado.

Nuestra legislación pertenece a la familia del Sistema Jurídico Romano Germánico, la que como han remarcado diversos autores, es el resultado de la recepción del Derecho Romano por el Derecho Germánico y la transformación de esta. El conjunto de legislaciones que conforman esta familia han adoptado diversos sistemas de transferencia de la propiedad, perspectiva del cual nos valimos para analizar el sistema de transferencia inmobiliario peruano, el que desde el inicio incurrió en una recepción poco acertado del sistema consensualista o francés, disímil a los sistemas adoptados por otras legislaciones. Es que, si bien hay uniformidad entre todas ellas en considerar

que el derecho de propiedad, tiene como contenido esencial, la posibilidad de excluir a los terceros y se requiere seguridad jurídica; empero, resulta incomprensible e incongruente que en el artículo 949° del Código Civil Peruano, se ha consignado que la traslación dominical del inmueble del enajenante a favor del titular de crédito, opera con la sola obligación de enajenación; en buena cuenta, ello significa que el legislador ha establecido que el derecho de propiedad es equivalente a la obligación de enajenar, lo que resulta dogmática y pragmáticamente insostenible, cuya consecuencia, además, ha sido conflictos e incertidumbre en la solución de los problemas de los conflictos jurídicos referidos a titularidades inmobiliarias, lo cierto es que en la mayoría de casos, el involucrado en el conflicto que ampara su eventual derecho de propiedad en la “sola de la obligación enajenar”, resulta la parte vencida, a veces hasta inclusive por improbanza de la existencia del acto jurídico que contiene “la obligación enajenatoria”, mientras que la parte que resulta como vencedor es el poseedor o quien tiene el derecho inscrito. Esta circunstancia, naturalmente que se traduce en la ausencia de seguridad jurídica del presunto derecho de propiedad amparado en la “sola obligación de enajenar”, por lo que más bien se trataría de una adquisición ilusa. Como quiera que el derecho de propiedad privada es el pilar sobre el cual descansa la estructura económica de nuestro país y de todos los Estados liberales, o para ser más precisos, es ella la expresión cúspide de la ideología liberal, el fenómeno a investigarse resulta bastante relevante, para verificarse su naturaleza y la estructura, en aras del aporte de una solución en la práctica judicial y social, consistente en establecer una regla clara de ¿Acorde a las principales legislaciones del Civil Law cuál o cuáles son los presupuestos para alcanzar la condición de propietario por transferencia?; ¿o cuando se inscribe?, ¿o cuando se recibe la posesión en virtud a un contrato traslativo?, ¿o cuando sólo se ha celebrado el contrato enajenatorio?

La trascendencia del problema planteado en la presente investigación es revisar las premisas de las conclusiones y las propuestas de las investigaciones antecedentes que se han planteado sobre el tema, especialmente, el por qué no han prosperado los planteamientos de todas ellas.

3.2. Pertinencia del problema que se abordará en la investigación.- Desde la comparación de las legislaciones, especialmente de las latinoamericanas, el problema planteado, resulta idóneo para superar vía sistematización (buscando la congruencia), la incompatibilidad existente entre “la posibilidad de adquisición de propiedad por la sola obligación de enajenar” (teoría consensual de la traslación), y “la seguridad jurídica en la transferencia como característica inescindible del derecho de propiedad”, “la preferencia del acreedor con inscripción registral frente al que sólo ostenta titularidad sin inscripción registral”, “el principio de legitimación registral”, “la inatacabilidad del tercero registral” y “la inoponibilidad del derecho no inscrito frente al inscrito”, pero no para mantenerla como una teoría vigente, sino, desde la reformulación del concepto de la traditio, con la consecuente ampliación y actualización de la teoría del título y modo, se proponga la instauración del sistema de transferencia del título y modo.

3.3. Resultados esperados e impactos previstos. Los resultados que se esperan alcanzar a través de la presente investigación son: **(a)** Ubicación taxonómica del Sistema de Transferencia Inmobiliario Peruano dentro de las principales legislaciones del *Civil Law*; **(b)** Propuesta de modificación de los Artículos 949° y 1135° del Código Civil Peruano; lo que traerá consigo, la eliminación del inoperante sistema consensual, pero, sobre todo, la armonización de todas las normas del sistema jurídico civil involucradas en la regulación de la traslación de dominio derivativo del derecho de propiedad privada sobre bienes inmuebles.

La síntesis de lo que se pretende alcanzar a través de la presente investigación es proponer una alternativa diferente a las alcanzadas a través de los diversos trabajos de investigación, esto es, superar la instauración de una medida extrema como la inscripción obligatoria a secas, más bien, promover la instauración de un sistema de transferencia flexible que ocupe una posición intermedia, un sistema que sin llegar a ser obstáculo para las transacciones inmobiliarias, ni ser un sistema promotor de la informalidad, que otorgue seguridad jurídica y eficacia a la transferencia de propiedad privada sobre bienes inmuebles.

3.4. Universalidad de beneficiarios. El fenómeno “traslación de propiedad de bienes inmuebles” es un fenómeno global, en el entendido que involucra a toda la comunidad en general, esto es, la comunidad jurídica (los que construyen la ciencia del Derecho y también los que lo utilizan para solucionar problemas concretos), el Estado —a través de sus diferentes instituciones: Registros Públicos, Poder Judicial, Ministerios, Municipalidades, etc.— y los particulares —ya sean empresas o personas individuales—; desde allí, “el análisis comparativo del sistema de transferencia inmobiliario y la expresión de fundamentos para la reformulación del concepto de la *traditio* y la ampliación del sistema del título y modo”, “la propuesta de una norma jurídica que regule eficazmente dicho fenómeno, beneficia a toda la comunidad peruana”⁵, por ejemplo, con el Estudio comparativo, el legislador, podrá encontrar una suficiente fundamentación teórica para efectuar la modificación del Artículo 949° del Código Civil, del mismo modo, la comunidad académica tener al alcance una teoría falsada, los jueces y los abogados de la república, tendrán un ordenamiento jurídico coherente —mas no incompatible e incierto como en la actualidad— y eficaz para la solución de eventuales conflicto de intereses intersubjetivos de los involucrados en el tráfico inmobiliario, sobre todo, la sociedad en general — todos ellos, sin duda alguna, involucrados en el tráfico inmobiliario, ya sea directa o directamente— tendrá una norma jurídica, no sólo, que aporte una seguridad jurídica justa a sus derechos de propiedad sobre inmuebles, sino también, un sistema de transferencia y una norma jurídica preventivo de tales conflictos.

Los resultado de un estudio comparativo son un instrumento valioso no sólo para la corrección y complementación de los defectos del sistema, sino para su regulación óptima, a través de la selección e instauración de los aspectos positivos de los ordenamientos jurídicos estudiados, no sólo para la legislación peruana, sino, también

⁵ La generalidad en los beneficiarios es una consecuencia inexorable de la ontología de la norma jurídica, pues la norma jurídica es siempre “general” o “impersonal”. Para Vescovi, “decir que la norma jurídica es general significa expresar que la conducta que la ordena se impone a un número indeterminado de personas, es decir, que cuando dicta un comportamiento lo hace en forma abstracta” (Vescovi, 1995, p. 15).

De la misma idea es también el profesor de la Universidad Iberoamericana y de la Escuela Libre de Derecho, Villoro Toranzo, cuando afirma que “(...) una norma es una orden general dada por quien tiene autoridad, para regular la conducta de otros. (...) Una orden general, porque no se dirige a una persona en particular sino a una totalidad, categoría o generalidad de personas que podrán ser muy extensa o también restringida (...)” (Villoro, 1978, p. 857).

para las legislaciones externas, pues la teoría en cuestión, no es sólo del sistema nacional, sino una teoría que impera también en el exterior (Italia, Francia, Venezuela, Uruguay, etc.); en buena cuenta, no sólo es de valía para solucionar problemas pragmáticos locales (del Perú), sino también tendrá una trascendencia internacional, toda vez, que las investigaciones teóricas que se efectúan, también servirá a los juristas y estudiosos del medio extranjero, para que puedan comprender la falacia de dicha teoría.

IV. SISTEMA DE HIPÓTESIS

4.1. Hipótesis General

Las legislaciones civiles comparadas de tradición romano-canónica, con pocas excepciones, han adoptado la exigencia de publicidad en cualquiera de sus manifestaciones, precedida de un acto jurídico enajenatorio, como presupuestos inexorables para que opere la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles y no guardan ninguna relación con la transferencia de propiedad inmobiliaria en la legislación civil peruana, por cuanto ésta última no exige publicidad alguna. Desde aquella perspectiva el sistema del “mero acuerdo enajenatorio de las partes”, no es un mecanismo eficaz para otorgar seguridad jurídica a la traslación del derecho de propiedad privada.

4.2. Hipótesis Específicas.

- (i) Las legislaciones civiles extranjeras de tradición romano-canónica, en su gran mayoría, han establecido como mecanismo de transferencia de la propiedad sobre bienes inmuebles a la tradición, la inexorabilidad de que el negocio jurídico enajenatorio conste en Instrumento Público o que se efectúe inscripción registral.
- (ii) Los fundamentos por los que la legislación civil peruana persiste en mantener el sistema consensual de transferencia inmobiliario, son la ausencia de propiedad formalizada, la ausencia de un catastro ordenado y el presunto incremento de los costos de transacción inmobiliaria; las cuales, sin embargo, carecen de justificación real, por cuanto, la ausencia de formalidad justamente tiene su causa

generadora en el propio sistema consensual, el sistema catastral por su parte y por último la conservación del sistema consensual al promover el informalismo e incertidumbre son una causa genérica de incremento de costos de transacción inmobiliaria, dado que teóricamente la ausencia de información es un elemento que incrementa el riesgo de las inversiones (a mayor riesgo mayor coste en la transacción).

- (iii) El derecho adquirido por la “sola obligación de enajenar” resulta incompatible con las exigencias de seguridad jurídica y efectividad en la transferencia de propiedad, los cuales son presupuestos inexorables para la adquisición del derecho de propiedad con seguridad jurídica y además que permita el ejercicio de todos los atributos que otorga tal derecho real, especialmente la efectiva exclusión universal.
- (iv) La tradición y/o la inscripción registral devinientes de un título causal válido contenido en instrumento público, así como el instrumento con fe pública, son los únicos mecanismos que posibilitan la mutación segura y efectiva del derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles; la tradición respecto a los no inmatriculados y la inscripción, respecto a los inmuebles que cuentan con antecedentes registrales, los cuales son mecanismos que pueden ser implementados en la legislación civil peruana.

V. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

5.1. Objetivo general

Efectuar un desarrollo comparativo y taxonómico de las legislaciones civiles extranjeras de tradición romano-canónica o romano germánico, siguiendo como matriz a los sistemas clásicos de transferencia inmobiliaria, con las variantes específicas que eventualmente ha introducido cada legislación, identificando los mecanismos que han adoptado cada uno para hacer operar la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles, la relación que guarda con ellas la legislación civil peruana, analizando, especialmente si desde esa perspectiva el sistema del “mero acuerdo enajenatorio de

las partes”, es un mecanismo eficaz para otorgar seguridad jurídica a la traslación del derecho de propiedad privada.

5.2. Objetivos específicos

(i) Abordar el desarrollo histórico de los sistemas de transferencia inmobiliario, partiendo desde el viejo Derecho Romano, su formación y evolución en el *Ius Comune europeo*, los más conocidos sistemas de transferencia instaurados en el período de las codificaciones.

(ii) Identificar los mecanismos jurídicos que las principales legislaciones civiles extranjeras de tradición romano-canónica han adoptado para otorgar seguridad jurídica a la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles

(iii) Establecer si todavía resulta vigente y es relevante la diferencia entre derechos de crédito y derechos reales, bajo tal óptica, evaluar si la “sola obligación de enajenar” instaurada en el Artículo 949° del Código Civil y coexistente con un sistema registral facultativo gozan de suficiencia para otorgar seguridad jurídica a la transferencia de la propiedad privada sobre bienes inmuebles.

(iv) Proponer el(los) mecanismo(s) que, en el ordenamiento jurídico peruano, posibilite(n) seguridad jurídica y efectividad a la transferencia del derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles determinados.

VI. METODOLOGÍA.

Desde el ocaso de la edad media el conocimiento científico ha tenido una tendencia hacia su dependencia por las ciencias exactas, de manera que el parámetro o estándar de configuración de la producción científica fueron las denominadas ciencias naturales, a ello abundaron, por ejemplo, el positivismo de Augusto Comte, el racionalismo, etc.

Aquella hegemonía se mantuvo inclusive hasta la segunda mitad del Siglo XX. Empero, gracias a la obra “Introducción a las Ciencias del Espíritu” de Dilthey, desde finales del S. XIX, apareció la noción de “ciencias del espíritu” como una noción orientada hacia la ruptura con esa hegemonía. Es que comenzó a entenderse que el

estudio científico de los fenómenos culturales (histórico-social de pueblos de épocas diferentes)⁶ no puede realizarse siguiendo las mismas pautas del conocimiento lógico-racional (explicación) que es propio de las ciencias físico-naturales, sino que más bien precisan de un método diverso, el de comprensión o interpretación⁷ (Torres, 2016, pp. 1-7). Posteriormente se fue afirmando una perspectiva dual de la formación del conocimiento científico, de manera que las ciencias naturales descansan en el concepto de la fuerza impuesta por la física y en las matemáticas, mientras que las ciencias del espíritu se apoyan en el concepto de sentido y en la historia (Parra, 1997).

Sin embargo, allá por los años 1970, Álvaro D'Ors, formuló una clasificación ternaria de las ciencias, partiendo que toda ciencia tiene como objeto último el conocimiento de la realidad, la cual puede ser percibido por los sentidos (fenómenos corpóreos) o puede ser comprendido sólo a través de la inteligencia (fenómenos incorpóreos, como las nociones jurídicas, propiedad, contrato, obligaciones, seguridad jurídica Etc.), luego agrupó las ciencias en los siguientes grupos: a) Ciencias Naturales o Ciencias Empíricas; b) Ciencias Sociales (para él, Geonómicas); y c) Las Ciencias Humanas, cuyo objeto de examen sistematizado y metódico es acerca de cómo se desempeña la conciencia sobre la misma trascendencia humana, es decir, la reflexión del hombre sobre los vestigios y el significado de la propia existencia humana, en términos más simples, examina las indagaciones y explicaciones del hombre sobre el “estar en el mundo” —de sí— y de ese mundo en el que se encuentra (Adame, 1998, pp. 1-7).

No se puede negar que el derecho es un fenómeno provocado por la co-existencia de seres humanos, desde allí, en estricto, es un fenómeno cultural, como tal, se

⁶ Dilthey (1949) comienza afirmando que “las ciencias del espíritu constituyen un todo autónomo frente a las ciencias de la naturaleza” (p. 13) y explica que “Sólo cuando las relaciones entre los hechos del mundo espiritual se muestran incomparables con las uniformidades del mundo natural en una forma tal que quede excluida la subordinación de los hechos espirituales a los que establece el conocimiento mecánico natural, sólo entonces habremos señalado no los límites inmanentes del conocimiento empírico, sino los límites en el que termina el conocimiento natural y comienza una ciencia autónoma del espíritu que se estructura en torno a su propio centro” (p. 19)

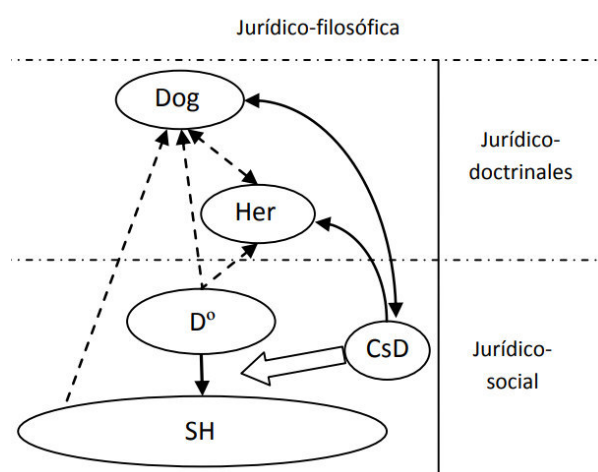
⁷ “(...) el método empírico exige que la cuestión del valor de los diversos procedimientos de que sirve el pensamiento para resolver sus tareas, se decida histórico-críticamente dentro del cuerpo de esas mismas ciencias (...) semejante método se halla en oposición a otro (...) que consiste en deducir el concepto de ciencia de la determinación conceptual del saber obtenida en el trabajo de las ciencias de la naturaleza”; “(...) nosotros llamamos exégesis o interpretación a un arte de comprender las manifestaciones vitales fijadas de manera durable”(Alí, 2002, p. 41).

constituye en el objeto de estudio de las disciplinas jurídicas, agrupadas en tres clases más amplias: (i) las ciencias jurídico-sociológicas: la Antropología Jurídica, Sociología Jurídica, Historia del Derecho; (ii) la Ciencia del Derecho y (iii) Filosofía del Derecho.

6.1. Tipo y Nivel de Investigación

El tipo genérico de esta investigación es cualitativa, toda vez que no se efectuarán mediciones usando las matemáticas, lejos de ello, se buscará explicar a las *cualidades* del fenómeno jurídico “transferencia de la propiedad privada”, que a su vez implica evaluar las cualidades inherentes al derecho de propiedad, interrelacionándolas con los derechos de crédito, la inscripción registral, la seguridad jurídica.

El profesor Sánchez (2011) ha establecido que los tipos de investigación jurídicos pueden ser: (i) el tipo de investigación jurídico-social, (ii) el tipo de investigación Jurídico Doctrinal, y (iii) la investigación Iusfilosófica (p. 336).



(Sanchez, 2011, p. 336)

Acorde con la antedicha tipología⁸, la presente investigación en su aspecto específico ostenta el de una investigación jurídico-doctrinal, ya que acorde con las pautas del mismo Sánchez (2011), los datos a recopilarse consistieron en constructos teóricos

⁸ Un desarrollo pormenorizado de las tipologías de investigación puede verificarse también en Tantalean Odar, Reynaldo (2015). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. En: *Avances, Revista de Investigación Jurídica*. 10 (12). Cajamarca ISSN 2220-2129. <http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/viewFile/173/124> (20/03/2019)

jurídicos (posturas de los más autorizados juristas nacionales e internacionales) que disgregan, examinan e interrelacionan las propiedades (cualidades) del fenómeno llamado “derecho” o “fenómeno jurídico”, mientras que el proceso investigativo pasó eminentemente por analizar, sintetizar, interrelacionar, conciliar y/o inclusive refutar dichos constructos aceptados por la comunidad jurídica como relevantes, las cuales desarrollan los institutos jurídicos involucrados en el problema formulado, de entre ellas: la teoría consensualista de transmisión, la teoría del título y modo, la teoría de la compraventa con efectos reales, la teoría de del contrato como fuente sólo de derechos de crédito, la teoría de inatacabilidad del derecho adquirido con buena fe registral, la teoría de la legitimación registral, la teoría de la seguridad jurídica como elemento inescindible a todo derecho; contrastando cada teoría en las diferentes legislaciones civiles de corte romano-canónico.

Hernández -Fernandez-Baptista (2003), señalan que existen investigaciones de nivel exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo (pp. 113-129). En ese contexto ésta investigación es de nivel correlacional-propositivo, puesto que desde la *correlación* o interrelación de las diferentes categorías que confluyen en los diversos sistema de transferencia inmobiliaria establecidos en las legislaciones de la familia romano-germano se *propone* la modificación de los Artículos del Código Civil involucradas en la regulación del fenómeno jurídico al que se ha denominado “transmisión del derecho de propiedad inmobiliaria”; toda vez que como explica el autor Ramos Suyo (2008) en las tesis propositivas el investigador cuestiona las normas jurídicas vigentes sin contemplaciones ni reparos, proponiendo cambios o reformas legislativas (p. 153).

6.2. Diseño de Investigación

6.2.1. Métodos

En la investigación cualitativa, la utilización de los métodos *es emergente* (Ruiz-Olabuénaga, 1991), significa ello que los métodos necesarios van manifestándose, revelándose o “emergiendo” conforme se desarrolla la investigación y *flexible* porque se va adaptando acorde como lo demanden las circunstancias durante la recopilación de los datos (Salamanca y Martín, 2007, p. 2).

Acorde con ese criterio los métodos que se usaron en la investigación son:

(i) **Métodos Generales:**

a) **El método Inductivo-Comparativo.**

Como muy bien explicó Mantilla (1955), hasta donde se sabe, en la civilización occidental, los vestigios del primer registro teórico de la inducción se hallan en los “Tópicos” del “Organon”, habiéndose erigido ya muy posteriormente como un elemento capital del conocimiento científico desde Galileo, pasando por Bacon, Stuart Mill —con su importante obra llamada Lógica Inductiva— y Lalande; entendiéndose por aquel acorde con su etimología como “conducir algo hacia, o a un punto determinado”, desde cuya idea se formula su definición como la reconstrucción de eventos a partir de indicios o la postulación de una ley —entiéndase científica— general a partir del registro de fenómenos particulares (p. 364).

Precisamente Lalande, citado por el mismo Mantilla (1955), explica que el vocablo inducción:

“(…) se aplica a todo modo de razonar que procede: (1) de los indicios percibido en una realidad desconocida revelada por ellos —inducciones reconstitutivas—, (**) de lo más especial a lo más general—de los individuos a las especies, de las especies al género, de las especies al género, de los hechos a las leyes, de las leyes especiales a las leyes más generales—” (p. 365)

Son subespecies de la inducción tanto el método genético como el método comparativo. El método de la inducción comparativa permite conocer un fenómeno complejo por su relación de semejanza —de lo particular a lo particular—, en lenguaje formal toma la forma silogística siguiente: M es semejante a P, S es semejante a P, entonces M es semejante a S (Mantilla, 1955, p. 365).

En la presente investigación a partir del tratamiento que otorgan los “sistemas de transferencia inmobiliario” de las diversas legislaciones del Civil Law, a categorías como “inscripción registral”, “*traditio*”, “inoponibilidad registral”, “formalidad *ad solemnitatem*”, “publicidad” y su relación entre las mismas, se efectuó una inducción

comparativa con la regulación por el Código Civil Peruano, destacando su principal diferencia y su ubicación taxonómica en relación a las otras legislaciones.

b) Método sistemático.- Es la forma de ordenación de diversos sub-fenómenos (fenómenos específicos) que disgregados pero interrelacionados e interdependientes componen un fenómeno más complejo, de modo que exista coherencia y armonía interna, además vinculación para formar el todo, en cuanto, como refirió Kelsen, se considera al Derecho como un sistema de tal modo que las normas del caso deben considerarse como parte de tal sistema; esto es, las normas jurídicas positivas que regulan un fenómeno jurídico tienen que ser coherentes, no está permitido los fenómenos aislados ni contradictorios (Ramos Suyo, 2008, p. 444).

Aquel método también nos permitirá efectuar una agrupación taxonómica de las legislaciones pertenecen al Civil Law, bajo el criterio de los sistemas de transferencia que hayan instaurado y una rigurosa atención de los rasgos comunes que les caractericen.

Por otro lado, el fenómeno jurídico “transferencia derivativa del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles” está regulado por un conjunto de normas jurídicas del Código Civil por citar las más involucradas las referidas a la compraventa, donación, permuta, el Artículo 949°, la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, la legitimación registral, inatacabilidad del adquirente que confió en la fe pública registral, la oponibilidad, el derecho de propiedad, las cuales deben guardar una coherencia interna, desde cuya óptica se verificó si una regulación de “la transmisión de propiedad por la sola obligación de enajenar” sin una cláusula de relatividad respecto a su conflicto con las adquisiciones inscritas guarda o no coherencia interna o por el contrario genera una torcedura del ordenamiento.

(ii) Específicos.

La ciencia del derecho también ha diseñado sus propios métodos para conocer la verdad teórica sobre el derecho y su aplicación práctica en una determinada sociedad, siendo de los más diversos, pero en este caso, se usó:

a) El método hermenéutico. Toda teoría científica, aún en las ciencias denominadas físico-matemáticas, “constituye un enunciado lingüístico”, pues es el

lenguaje el medio más idóneo de conocimiento por el sujeto cognoscente (científico) del objeto a conocer (realidad). Por ello que la hermenéutica, como la comprensión de los enunciados, es “(...) un aspecto universal de la filosofía y no sólo la base metodológica de las llamadas ciencias del espíritu” (Gadamer, 1993, p. 299). Habermas (2002), también asegura que Gadamer pretendía rescatar a las ciencias del espíritu de las tradiciones mecanicistas, del objetivismo que lo aislaba del contexto histórico; porque en toda reflexión teórica hay una dosis de precomprensión invadida por la historia de influencias y efectos del texto, pero afirma que Gadamer lo hizo desde una perspectiva opuesta a Dilthey, mas bien criticándolo, desde la perspectiva de la “historia del ser” del segundo Heidegger (pp. 14 y 88).

Entendemos que la emancipación de las ciencias del espíritu fue una suerte de un segundo giro copernicano con una preponderancia incuestionable de la hermenéutica que especialmente con Heidegger alcanzó su status de nuevo paradigma filosófico (Habermas, 2002, p. 65). Rivero (2001) es categórica en afirmar que la hermenéutica es una nueva posibilidad tanto para la filosofía y otros ámbitos de conocimiento, que, si bien ya había sido mencionado en la antigua Grecia, pero recién a partir de Nietzsche y *La genealogía de la Moral* se instaura como método capaz de interrelacionar perspectiva-interpretación y verdad, para finalmente ser elevado a “un modo de ser humano” por Heidegger, es decir, pasaba de su ser un método a ostentar “un componente ontológico” (p. 89).

Entonces, la hermenéutica es herramienta fundamental de las ciencias culturales, pero sobre todo en el Derecho que constituye un auténtico fenómeno cultural, cuya aprehensión científica puede efectivizarse con mayor propiedad a través de la “comprensión”, que es una actividad de la hermenéutica, pues en la investigación jurídica doctrinaria, nuestros datos son las “palabras” a través del cual se han desarrollado teorías sobre determinados hechos humanos con relevancia jurídica. La hermenéutica, es un método cuya síntesis es la aportación de ciertas pautas para la comprensión del fenómeno que se interpreta.

Como señala Palmer (Citado por Hermida, 2020, p.) la hermenéutica desde una perspectiva genérica se decanta hacia la comprensión y la interpretación, y de manera específica su cualidad esencial es la interpretación de textos, pero se descompone en

tres dimensiones: como forma de lectura, como una explicación y como traducción. En buena cuenta reviste una naturaleza compleja por el cual más allá de ser un método se erige, además, como una auténtica teoría epistemológica. Eso sí, hay que resaltar que como señala el mismo autor apoyándose en Habermas el enfoque hermenéutico tiene como rasgo esencial que es una investigación científica bibliográfica (pp. 75-76)

Se usó este método para develar el sentido o el significado de los textos jurídicos que regulan la “transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles”, tanto de la legislación nacional, así como de las legislaciones del Sistema Romano-Germánico, sustentada en interpretaciones e investigaciones de autores previos, porque como ya dijo Einstein (2000) “*lo que una persona piensa por su cuenta, sin el estímulo de los pensamientos y experiencias de los otros es, en el mejor de los casos, bastante mezquino y monótono*” (p. 43).

b) Método Dogmático-Jurídico⁹. De este método es que la ciencia jurídica ha recibido los mayores aportes, bajo el rótulo de “conceptos jurídicos” o “jurisprudencia de conceptos”, a cargo de la pandectística alemana que significó la construcción de conceptos a partir de los textos del viejo Derecho Romano, su conjugación con el Derecho Consuetudinario Germano; se inició con la Escuela Histórica del Derecho con su máximo exponente Savigny (S. XIX), escuela que tendría eco en sus seguidores como Puchta, Vangerbow, Dernburg, pero sería con Bernhard Windscheid (1817 – 1992), a través de su obra *Pandectas* que esta corriente de pensamiento jurídico alcanzaría su mayor cenit (Flores, 2016).

Carrillo (2010) acota que la dogmática jurídica nace en el medioevo porque los glosadores consideraron que su labor era análogo al del teólogo, distanciándose así de la práctica de los juristas romanos, aquello al final influyó enormemente en las nacientes universidades a través del método escolástico, más especialmente con el hallazgo del *corpus iuris* considerándosele por entonces como algo sagrado aplicable no solo a Bizancio, sino de validez universal (para todos los lugares y tiempos) por su autoridad, tal cual que se le había considerado a la Biblia (pp.90-91).

⁹ Cabe aclarar que existen disputas sobre el carácter científico de la dogmática jurídica, por ejemplo, para Atienza (2015, pp. 189-196) es una tecno-praxis. Por lo contrario, para Bernasconi (2007), su carácter científico es indudable (9-37).

El profesor mexicano Witker (1991) sintetiza a la dogmática jurídica señalando que es un modo de conocimiento que sitúa al Derecho como una ciencia formal, en buena cuenta, produce conocimiento desvinculada de la sociedad, con autosuficiencia metodológica, su finalidad es el examen de las estructuras del derecho (p. 85). Este método según agrega Flores (2016) consiste en la elaboración de conceptos jurídicos ordenados sistemática y lógicamente. Los rasgos de este método son: “1. *La plenitud del derecho*. 2. *La creación de la ley por científicos*. 3. *Elaboración de conceptos jurídicos*. 4. *El juez es un simple mecánico del derecho*” (Pp. 221-232)

Tanto en la doctrina extranjera y local, abundan conceptos sistemáticamente ordenados del derecho de propiedad, de la publicidad registral, de la *traditio*, de la transferencia inmobiliaria, del contrato de compraventa, oponibilidad registral, buena fe registral y seguridad jurídica, a la luz de tales conceptos estructurados se ha analizado la regulación de la transferencia inmobiliaria en el código civil peruano.

En resumen, la presente investigación: (i) De acuerdo al fin que se persigue es Básica; (ii) De acuerdo al diseño de contrastación es Descriptiva e Interpretativa; (iii) De acuerdo al método es hermenéutica y (iv) De acuerdo al enfoque es Cualitativa.

6.2.2. Técnica de Acopio de Información

(i) Técnica de Acopio Documental

A usarse para la compilación de la información doctrinaria y legislativa necesaria sobre el tema en investigación, las que incluyen las obtenidas en internet.

(ii) Técnica de Fichaje

Fue oportuna para la obtención de datos bibliográficos, hemerográficos y de textos con peso académico publicados en el internet.

(iii) Técnica de traducción de textos:

Se utilizó para la comprensión, escritura y presentación de la doctrina y legislación que se encuentre en un idioma diferente al español.

6.3.3. Instrumentos

(i) Fichas de Registro

§ Bibliográficas, para el acceso a textos situados en bibliotecas y en la web.

§ Hemerográficas, para la compilación de datos sobre revistas físicas o las alojadas en servidores web.

(ii) Fichas de Investigación.

§ Ficha Textual, en la transcripción fidedigna de la información.

§ Ficha de Resumen, para la expresión reducida de la información revisada.

§ Ficha de comentario, para verter la perspectiva del propio investigador respecto al tema abordado por los autores citados.

§ Fichas combinadas o mixtas, el uso de varias de las antes mencionadas.

6.3. Población y Muestra

La muestra representativa y necesaria estará determinada por *el vigente Código Civil Peruano*, así como las *doctrinas* y códigos civiles peruana, argentina, alemana, italiana, española, brasilera, portuguesa, uruguaya, francesa, ecuatoriana, colombiana, venezolana, chilena, boliviana, paraguaya, italiana, japonesa, portuguesa, mexicana, guatemalteca, costarricense, etc; para cuyo efecto se tendrán en cuenta las técnicas de la sistematización.

Tipo de Muestra

No Probabilística.

VII. PROPUESTA DE SOLUCIÓN QUE SE PROYECTÓ.

Acorde con los antecedentes y habiéndose verificado que se han ensayado diversas propuestas de solución las cuales no han sido acogidos durante ciento sesenta y siete años, en la presente investigación se planteó de una manera distinta, es que acorde la perspectiva del cual se abordó el presente problema, existen abundantes elementos respecto a que en los diversos análisis faltaban el dato comparativo, esto es, la revisión de las normas que regulan el sistema de transferencia en la familia del Civil Law,

especialmente del sistema de transferencia de las naciones más próximas y con características jurídicas y realidad similar a la nuestra, para que partiendo del análisis comparativo respecto a cómo funcionan los sistemas de transferencia en cada uno se pueda implementar una que se adecúe a nuestra realidad.

Como ha quedado evidenciado ya, todos los esfuerzos académicos han sido dirigidos a instaurar el sistema registral constitutivo, fórmula en el que se viene insistiendo ya casi una centuria, si pese a tanta insistencia no ha prosperado, no tendría sentido en persistir en la misma, se requiere una reformulación de esas propuestas, la presente investigación desde el análisis comparativo considera que hay, en el legislador, una resistencia intensa a la inscripción registral constitutiva, además, el problema no debe ser abordado desde esa perspectiva, pues la inscripción registral constitutiva no es la causa, sino el efecto, la causa está en la instauración del sistema de transferencia, lo que es abordado desde la rama de los Derechos Reales que es el todo, mientras que el Derecho Registral interviene sólo en la fase final del camino transferencial, siendo que los derechos reales son los que intervienen en todas las fases de la trasmisión, la solución debe estar enfocada en el sistema de transferencia y sólo complementariamente en el sistema registral.

En ese entendido, la propuesta de solución que se proyectó fue una que no lleve a la transferencia inmobiliaria al formalismo extremo, así como tampoco lo deje en el caos de la informalidad absoluta que propugna el desorden e incertidumbre respecto a las titularidades respecto a bienes inmuebles. Esa solución implica, la instauración del sistema de transferencia del título y modo, una vuelta al sistema de la *traditio*, pero con la variante que respecto a los inmuebles inscritos la *traditio* consista en la inscripción registral precedida de un acto causal contenido en un instrumento público, mientras que respecto a los inmuebles sin inscripción registral debe practicarse la *traditio* previo acto causal contenido en instrumento público, la *traditio*, además, debe ser verificada y certificada por un notario si los inmuebles se encuentran hasta dentro del área de expansión urbana o por el Juez de Paz de la localidad si el inmueble está ubicado a más de 15 km de distancia del notario público más cercano. En ese contexto a efectos de evitar un mal uso de las potestades que tienen los Jueces de Paz, es necesario que se limite la competencia de aquellos sólo a la circunscripción territorial al que pertenece, debiendo establecer la presunción de nulidad de pleno derecho de los

actos realizados fuera de su competencia territorial o en lugares donde existan Notarios Públicos.

En síntesis, la propuesta de solución preliminar que se planteó giraba en torno a que la publicidad (inscripción registral) o la efectividad (entrega certificada) sean el presupuesto inexorable de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

PARTE II
DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

1.1. Antecedentes de la investigación.

1.1.1. *“La Posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984”* Tesis que para optar el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil que presentó Jorge Alberto Beltrán Pacheco Código: 907014.0-10 diciembre, 2001.

La conclusión de su investigación es que en el Perú el contenido del artículo 949 del Código Civil, para un sector recoge un sistema de causa doble de yuxtaposición del título y el modo (donde el modo es un signo abstracto de reconocibilidad social) y por otro lado se postula la regulación de un sistema de causa única de transferencia de propiedad basado en el consenso. Considera desde su posición personal que el sistema es el Sistema de Causa Única de transferencia de propiedad inmobiliaria en tanto ello estimula el tráfico de bienes y servicios y logra una situación de bienestar donde los sujetos tienen la potestad de decidir el mecanismo más eficiente para proteger su derecho.

La investigación referida no realiza mayor aporte pues la informalidad reinante en la titularidad de bienes inmuebles y la inseguridad jurídica en la transferencia inmobiliaria no es un tema que pueda el legislador dejar al libre arbitrio de los involucrados o como potestad absoluta de decidir si la transferencia lo efectúan

verbalmente o mediante inscripción registral, porque la seguridad no atañe sólo a las partes sino también a tañe a las circunstancias, tanto más si hay que dotarle del carácter *erga omnes* a la adquisición para transformar el mero contrato en un derecho real como lo es la propiedad ¿Cómo se excluye a los terceros si la legislación no dota de instrumentos?

1.1.2. “La Transferencia Consensual de la Propiedad Predial en la Legislación Civil Peruana”. Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Civil y Comercial. UNSCH, Ayacucho, 2014, que presentó Wuiliam Infante Cisneros.

El referido investigador, desde la revisión y análisis de 09 procesos fenecidos, desde el año 2006 – 2012, en los Juzgados de la Corte Superior de Ayacucho, concluye que la prueba idónea para demostrar la propiedad predial es el título de propiedad que se encuentra inscrito en el registro jurídico correspondiente, quedando rezagado la norma que establece el consensualismo, pues, según señala, los jueces exigen títulos formales como prueba de la propiedad; en ese sentido, afirma, que la publicidad otorga mejor posición al propietario, otorgando goce exclusivo y excluyente.

La perspectiva importante de esta investigación es que el sistema consensual incrementa los costos de transacción, con lo que ataca el principal fundamento que exponen los defensores del consensualismo, empero, a dicha conclusión llega sin premisas, pues los costes económicos ameritan un estudio estadístico, no puramente dogmático.

Recomienda que la instrumentación de los acuerdos de transferencia no debe ser obligatoriamente notarial, porque eso importa incremento de costes, sino que debe ser sólo con firmas legalizadas, inclusive ante el Juez de Paz o el mismo Registrador Público y la mejora en el servicio registral y la publicidad del catastro que administra.

También recomienda la modificación del Artículo 949° del Código Civil, así como el Artículo 1135° y 2014 del Código Civil. Estableciendo el sistema registral constitutivo alemán, debiendo sanearse inclusive las propiedades ya registradas que carezcan de identificación física exacta, aquella inscripción constitutiva debe ser *iure et de iure* y, agrega que se instaure el seguro obligatorio de transferencia de inmuebles.

1.1.3. “Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble y la Seguridad Jurídica a través de la Inscripción Registral” Tesis para optar El Título Profesional de: Abogado Promoción 2014 – II Puno – Peru 2017, presentada por: Edgar Sacachipana Apaza.

La conclusión al que arriba es que el sistema consensual en la transferencia de propiedad inmueble en el Perú, no ofrece seguridad jurídica, porque al ser facultativa la inscripción registral, las transferencias se efectúan de manera clandestina. De modo que propone la instauración de la inscripción registral constitutiva, basado en un análisis muy somero del sistema registral alemán, australiano, francés y argentino, los cuales prefieren la inscripción registral y la buena fe en la transferencia; cuya instauración, según refiere, evitaría las dobles ventas inmobiliarias.

1.1.4. “Seguridad en el sistema actual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú”. Tesis para optar el título Abogado, Puno – Perú, 2015, presentada por Judith Ángela Ramos Alfaro.

Desde un estudio realizado a través de encuestas en la ciudad de Puno, concluye que el sistema de transferencia actual en el Perú se encuentra desfasado en el sentido de que otorga más inseguridad Jurídica al no exigir formalidad alguna, que por el contrario, el sistema registral es el mejor sistema de transferencia inmobiliaria frente al consensual, pues en un escenario de doble venta, el segundo comprador con inscripción tendrá derecho prevalente frente al comprador sin inscripción registral, debiendo establecerse como requisito constitutivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrito. Recomienda que se haga un inventario físico de bienes inmuebles a nivel nacional y la modificación del Artículo 949° del Código Civil.

1.1.5. “La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles”. Tesis para optar el título de abogado, Trujillo – Perú 2016, presentada por Luis José Che Esquerre.

Concluye que el actual sistema de transferencia no garantiza la seguridad jurídica, en el sentido de que, si bien permite un ejercicio pleno de los derechos, no brinda una eficiente oponibilidad de los mismos. Propone la instauración de un sistema dual, que consiste en la instauración de un sistema registral no convalidante para los inmuebles registrados y la persistencia del sistema consensual para los inmuebles que no se hallan registrados, permitiendo la oponibilidad del derecho inscrito frente a terceros; mientras que el sistema consensual debe permitir la oponibilidad frente a los que no tengan título o los que cuenten con título posterior. La propuesta incluye la modificación del Artículo 949° del Código Civil.

1.1.6. “Inscripción constitutiva y seguridad jurídica de la Propiedad Inmueble en la Oficina Registral de Huánuco – 2017”. Tesis para optar el Título de Abogada, Huánuco – Perú, 2017, presentada por América Pelagia Paucar Falcón.

Partiendo del estudio de Sentencias Civiles y entrevistas a expertos en derechos reales y registral (todos en el ámbito de Huánuco) concluye que el registro declarativo otorga seguridad jurídica relativa, frente a la inscripción constitutiva. Que la inscripción declarativa, además, genera problemas judiciales de otorgamiento de Escritura Pública y mejor derecho de propiedad. Propone también la modificación del Artículo 949° del Código Civil que signifique la instauración del sistema registral constitutivo.

1.1.7. “Consensualismo de los Contratos de Compraventa de bienes Inmuebles vs Seguridad Jurídica”. Tesis para optar el Título de Abogada, Trujillo – Perú 2017, presentada por Daphne Beatriz Chanduví Urcia.

Concluye que la contradicción entre el Consensualismo de los contratos de compraventa de bienes inmuebles (contenido en el art. 949° del C.C.) y el orden de prelación de derechos de propiedad en la figura de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles (establecida en el artículo 1135° del C.C.), afecta negativamente la Seguridad Jurídica de los contratantes, en la manera en que respalda una propiedad relativa, no asegurando la exclusión total del derecho de propiedad y oponibilidad del

mismo frente a terceros, caracteres necesarios del derecho de propiedad, para ser considerado un derecho absoluto.

Sostiene también que el sistema acogido por nuestra legislación es el sistema espiritualista desarrollado por Francia, sistema que, si bien permite una fluidez y bajos costos de transacción de los mismos, no produce los efectos de seguridad jurídica que todo sistema debe proporcionar, si es que no se recurre a mecanismos como el Registro; la cual fue adoptada porque el legislador consideró que no se podía exigir a la población que toda adquisición inmobiliaria quede perfeccionada con la inscripción registral, por no existir oficinas notariales y oficinas registrales en todo el país; Así como el hecho de que en aquella época el sistema de inscripción registral aún no se encontraba desarrollado como en la actualidad.

Recomienda la promulgación de una ley que modifique y regule integralmente la transferencia de bienes inmuebles, el cual debe establecer que los contratos de transferencia sean de carácter constitutivo, es decir que se perfeccione con su inscripción en los Registros Públicos.

1.1.8. “Necesidad de proponer el Carácter Obligacional y Traslato en la Transferencia de Bienes Inmuebles en los Contratos de Compra - Venta Inmobiliaria en el Perú”. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Juliaca - Perú 2017, presentada por Alcides Raúl Chambi Ari.

Concluye que el sistema registral adoptado en nuestro país no es adecuado y genera inseguridad jurídica respecto de la transmisión de bienes inmuebles, pues al no exigir el Artículo 949° del Código Civil, un modo específico, un hecho o conducta distinta del contrato mismo para que se haga efectiva la traslación del derecho, como la *traditio* para los bienes muebles, evidencia el problema de la falta de publicidad en la adquisición del bien inmueble frente a terceros; por consiguiente, es necesaria su modificatoria. Propone que la transferencia inmobiliaria se efectúe con la entrega real del bien inmueble conforme a la *traditio* y la respectiva inscripción en los Registros Públicos. Acorde con su propuesta el Sistema Registral Constitutivo no convalidante es la que más se adecúa al sistema real o de tradición, esto debido a que este sistema

no es convalidante, nos garantizaría plenamente la seguridad jurídica porque determinaría con precisión quién es el propietario en el tráfico jurídico e imposibilitaría enajenar nuevamente el inmueble.

1.1.9. “El Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica”. Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Andina del Cusco, Perú, 2017, presentada por Jhefry Jhordan López Gamarra.

Concluye que el artículo 949 del Código Civil Peruano, denota un problema en la falta de publicidad para la adquisición del bien inmueble, por tanto, no existe seguridad frente a terceros (potencialmente compradores) que podrían perturbar la propiedad al desconocer el derecho del que han sido excluidos, en consecuencia, sólo otorga una propiedad relativa, pues nadie es auténtico propietario al celebrar un simple contrato. Señala que el sistema de transferencia actual es evidentemente disfuncional. Además, según añade, la incertidumbre jurídica contribuye a que no se realicen transacciones inmobiliarias. Recomienda que se realicen mayores estudios dogmáticos, que el Estado fortalezca el sistema nacional de catastro, además, frente a la informalidad que vivimos sobre todo en el registro de predios, este se perfeccione con la inscripción para otorgar seguridad jurídica. Finalmente, sugiere la instauración de registro constitutivo para bienes registrados y el sistema de *traditio* para los bienes no inscritos.

1.1.10. “Estrategia Jurídica de Inscripción Registral para Perfeccionar el Derecho de Propiedad en el Perú”. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Notarial y Registral, Pimentel – Perú, 2018. Presentada por Tiravanti Martínez Ana Amelia.

Concluye que la inscripción registral constitutiva es perfeccionamiento del derecho de propiedad encontrándose el origen etimológico de la palabra descripción proviniendo del latín *inscribere* cuyo significado es intitular, poner una inscripción, atribuir o imputar llevando este conocimiento al derecho registral en termino inscripción refiere a la asentamiento o traslado que se hace en los libros del registro con la finalidad de

otorgarles permanencia, protección de sus derechos frente a eventuales perturbaciones por terceros en resumen la inscripción registral constitutiva asegura el derecho de propiedad.

Concluye también que en el registro constitutivo intervienen el Derecho Real y el principio registral de la fe pública, el primero atribuye un poder directo e inmediato sobre una cosa determinada sin necesidad de "ningún intermediario" y la segunda viene hacer la garantía que el Estado da en el sentido de que los hechos que interesan al derecho son verdaderos y auténticos.

Recomienda Aplicar la estrategia jurídica de inscripción registral para perfeccionar el derecho de propiedad en la región de Lambayeque.

1.2. Estado actual del problema.

1.2.1. Libro: “*La Transferencia de propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica*” (2007).

El profesor Mario Castillo, expresa en dicho texto que el sistema de transferencia debe obedecer a un criterio de política social y no de tentación académica, es decir, a las necesidades de la comunidad. No existe un sistema perfecto, sólo en un mundo utópico puede el sistema cumplir a cabalidad los tres fines, especialmente de eliminación de todo riesgo de adquisición de un *non domino*. El sistema consensual no desincentiva a las personas a acudir a Registros Públicos, pues los agentes son impulsados por la necesidad de oponibilidad, confianza que genera facilidad en la circulación de riqueza, además porque es un medio de prueba importante; es decir, señala que la inscripción registral es una práctica constante de protección de sus derechos.

El Artículo 949°, no puede ser interpretado de manera aislada, sino en concordancia con la concurrencia de acreedores y los preceptos del Libro de Registros Públicos. Si bien dicho artículo otorga una propiedad relativa, ésta también puede llegar a ser absoluta en la medida en que los contratantes y sus abogados apliquen adecuadamente. En ese contexto, el sistema registral declarativo ha cumplido sus fines de manera decorosa, su variación al sistema constitutivo debe producirse al menos en diez años (2017), que nos acercamos a tiempos en que la propia realidad impondrá el cambio y no los debates teóricos y doctrinales.

1.2.2. Acerca del tema referido al sistema de transferencia inmobiliario peruano fue recientemente elaborado un vasto artículo por el Dr. Roger Vidal Ramos (2011), bajo la denominación de “*El Sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Peruano*”.

El autor, comienza abordando la categoría de la propiedad, luego brevemente se refiere a la relación o diferencia entre los derechos reales y derechos de crédito, aborda también las teorías de la transferencia de propiedad inmueble (la teoría del título y modo y las teorías contemporáneas -el Sistema Francés; el Sistema Alemán); para finalmente referirse al Sistema de Transferencia Peruano.

Con posterioridad, enfatiza que el sistema de transferencia recogida en el Artículo 949° del Código Civil Peruano es imperfecto y sostiene que es válida la Inscripción Excepcional conforme al Artículo 1135° del aludido cuerpo normativo por ello señala que el artículo 949° del Código Civil, evidencia el problema de la falta en publicidad de la adquisición del bien inmueble frente a terceros. En consonancia con ello, también, refiere que el sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble respalda la propiedad relativa, pues no permite excluir a todos, toda transmisión de propiedad debe estar dotada de seguridad jurídica en sus operaciones, favoreciendo la dinámica circulación de los bienes inmuebles.

Según sostiene el indicado autor, la inscripción es declarativa en mérito del artículo 1135°, otorga la garantía y seguridad jurídica que no brinda el artículo 949°, constituyendo una excepción y reconociendo la importancia de la inscripción del título en el registro, acotando, además, que el artículo 1135° otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.

Finalmente, Vidal Ramos (2011), señala que, en toda transferencia de propiedad inmueble, es necesario interpretar y relacionar el artículo 949° del Código Civil con otras normas que brindarán una serie de garantías y corregirá los defectos que pudiera acarrear la solitaria aplicación del artículo 949°, considerando los siguientes artículos: 1135°, 2012°, 2013°, 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil.

Como se desprende de la lectura, el referido trabajo, no constituye una investigación que, en esencia pueda contribuir a la reformulación de las teorías existentes acerca del sistema de transferencia inmobiliario, denotándose más bien una investigación

monográfica enteramente descriptiva. Mediante la presente investigación, por el contrario, conforme se ha expresado en el objetivo, se pretende someter al análisis comparado, para con ello proponer una modificación legislativa del Código Civil, en el extremo que regula tan importante supuesto que, en buena cuenta, hace siglos se erigió como la base fundamental de todo el derecho patrimonial.

1.2.3. En el **Informe de Sistematización Temática N° 17/2011-2012** (26 de marzo de 2012) elaborado por el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Área de Servicios de Investigación; se ha abordado “El Sistema Registral Constitutivo: características, antecedentes, legislación comparada y estudios sobre su aplicación en la institución registral peruana”.

En dicho informe, que es una fuente oficial de reforma, presentan de modo genérico a los Sistemas Registrales Constitutivos y Sistemas Registrales Declarativos. Indicando que estos sistemas se encuentran integralmente relacionados con el tipo de sistema de transferencia de propiedad inmueble, como parte de la presentación efectúan una descripción breve del sistema alemán (constitutivo) y sistema francés (consensual) que son los dos sistemas más importantes de transferencia de este tipo de bienes. Refieren además que hay íntima relación entre los sistemas registrales y los sistemas de transferencia.

Del mismo modo, en el aludido informe se efectúa una descripción del sistema de transferencia de propiedad y registral peruano; que en estricto, es la recopilación del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que, sobre estos temas, se ha desarrollado en el Perú. También desarrolla los antecedentes del sistema adoptado en el Código Civil de 1984 y una referencia a un proyecto de ley que intentó modificar el sistema de transferencia de propiedad de los bienes registrados en el año 2006.

En la tercera parte hacen una descripción del sistema registral constitutivo que se viene aplicando en Alemania, Australia y Brasil.

El aludido trabajo, si bien es oficial y pese a que con ella se busca intentar una modificación a la legislación peruana, no obstante, parte de un supuesto errado, el cual es, el sistema registral constitutivo como la génesis para la modificación de la transferencia inmobiliaria; cuando por el contrario, el problema hay que abordarlo desde la perspectiva del Sistema de Transferencia, toda vez que la naturaleza

declarativa o constitutiva de la inscripción registral es más bien el efecto del Sistema de Transferencia que se adopte.

1.2.4. Mario Castillo Freyre, en su ensayo de naturaleza histórico-doctrinario titulado “*La Transferencia de Propiedad en el Perú*” (2012). Parte por referir a la transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil de 1852, el Código Civil de 1936 —abordando las distintas posturas doctrinarias de los ponentes— y refiere también a la transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil de 1984; del mismo modo hace una recopilación histórica de los trabajos que sobre éste tema se escribieron durante los años subsiguientes a la entrada en vigencia del Código Civil actual —años 1985 a 1995—.

Se aprecia, que este trabajo también, se limita a describir las características del sistema, no analiza los problemas de ineficacia del sistema que nos ocupa.

De los antecedentes apreciamos que todas los que se han ocupado del sistema de transferencia inmobiliario, efectúan una somera descripción, más no efectúan un análisis de compatibilidad con las demás categorías, ni con la propia categoría del derecho de propiedad; asimismo, ninguno efectúa un análisis comparativo con las legislaciones extranjeras de tradición romano-germánico.

A nivel extranjero tampoco se ha encontrado un trabajo que haya efectuado un análisis sistemático de la legislación comparada que regula la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles o como en algunos países lo llaman de bienes raíces.

1.2.5. El **Proyecto de Ley 4556/2014-CR** (Congreso de la República, 2014), que propone la Ley que regula el sistema de transferencia de la propiedad inmueble con finalidad que la transferencia de la propiedad inmueble se perfeccione mediante la inscripción del título de propiedad en los Registros Públicos.

Aquel proyecto legislativo, por haber tenido la aprobación de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, es lo más cercano que estuvo de la instauración legislativa de un sistema registral constitutivo para la transferencia de bienes inmuebles, pues casi todos los anteriores intentos de reforma y sustitución del sistema consensual quedaron rezagados sólo en la comisión revisora del Código Civil,

empero el mencionado proyecto, el 07/09/2016, fue archivado por Acuerdo del Consejo Directivo N° 19-2016-2017/CONSEJO-CR/ (10.05.2017).

Desde una sumaria exposición de motivos como el avance vertiginoso de la tecnologías de información, la necesidad de descarga procesal tanto en el Ministerio Público y Poder Judicial, que después de 29 años de creación de la SUNARP ésta es una institución que ofrece servicios más eficientes, costos disminuidos, acceso a servicios online; y que desde la promulgación del Código Civil de 1984 se han implementado programas masivos de vivienda, el proyecto contiene la modificación de varios artículos del Código Civil, siendo de interés para la presente investigación la que refiere a la modificación del Artículo 949°, instaurándose el Sistema Registral Constitutivo.

CAPÍTULO II

TOMA DE POSTURA

EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO GERMÁNICO, SU FORMACIÓN Y AFIRMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA HISTÓRICA.

Conforme con nuestros objetivos e hipótesis, para conocer los sistemas de transferencia existentes en el sistema romano-germano, resulta imperativo hurgar en los límites posibles de investigación sobre los orígenes del Derecho Romano, cuya formación no puede ser abordado si previamente no se evidencia la importancia del Derecho Comparado como una disciplina autónoma y las dimensiones que comprende éste.

2.1. EL DERECHO COMPARADO, SU IMPORTANCIA Y DIMENSIONES.

La filosofía del derecho comparativa, acorde indica Kaufman (1999) busca develar ciertos principios jurídicos que trascendiendo al tiempo y espacio ostenten validez universal, habiéndose atribuido tales cualidades por mucho tiempo al derecho natural, pero que no es posible aún concluirlo (p. 63). En la misma línea de pensamiento,

Andruet (1996) afirma que existe una vinculación recíproca inescindible entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Comparado (p.1133).

Por su parte Cooke-Gutteridge (2018) enfatiza que el renombrado comparatista Lee, ha sostenido que la expresión misma es una impropiedad, por lo que es preciso entender que el Derecho Comparado indica tan sólo un método de investigación, más no, una rama del Derecho (p.9).

Amplía el mismo autor que en el ámbito inglés se ha oscurecido todavía más el tema porque se ha referido a *Comparative Jurisprudence* o *Legislación Comparada*, aun así, recomienda evitar la confusión que genera usar el término “Derecho”, denotándose que la finalidad principal del método comparativo es sólo develar el origen y evolución de los elementos comunes a todos los sistemas de Derecho (Cooke, 2018, p.10).

2.1.1. Aparición y evolución de la Comparación Jurídica.

A pesar que “La Política” de Aristóteles ya significó una reflexión comparativa acerca de los instrumentos constitutivos de las ciudades Estado griegas (Sotomarino, 2018, p.60) o cuando su origen podría remontarse a la curiosidad por el Derecho extranjero que mostraron los juristas antiguos, no son suficientes como para atribuirle el nacimiento de la disciplina, puesto que inclusive el *ius Gentium* fue esencialmente romano más no producto del estudio sistemático de leyes extranjeras, el Derecho comparado tal como nosotros lo conocemos es un concepto moderno (Cooke, 2018, p. 25-26).

Jauffret-Spinosi y David (2010) coinciden en que la comparación geográfica de los sistemas jurídicos es tan antigua como la misma ciencia del derecho, está de acuerdo con la elaboración comparativa de Aristóteles, pero según refiere, también Solón habría elaborado las leyes de Atenas bajo aquel método, que inclusive los decenviros quienes redactaron las XII Tablas estudiaron previamente el Derecho de las ciudades de la Gran Grecia. En la Edad Media, también se efectuaron estudios comparativos entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico. En el Siglo XVII, también en Inglaterra existieron atisbos de comparación del Derecho Canónico y el *Common Law*. En Francia se intentó hallar un derecho consuetudinario común, así como en Alemania

se intentó lo mismo. Inclusive Montesquieu empleó el método comparatista para emular el espíritu de las Leyes (p.1).

Dice Cooke (2018) que, aun cuando en sistema posrenacentista mostró inquietudes por los Derechos de otros sistemas, fueron sofocados por el apego romanista de los juristas eurocontinentales; así, Leibnitz por primera vez en 1667 quien intentó un fallido proyecto sobre el panorama de los Derechos del mundo Civilizado. Fue recién en el siglo XVIII que Vico y Montesquieu advirtieron de la utilidad del estudio de los principios e instituciones jurídicas, especialmente éste último, considerado el fundador, en su obra *De l'esprit des lois*, planteó un proyecto ambicioso que no fue continuada por la falta de fuentes y también porque sería ensombrecida por la doctrina de Grocio quien mas bien encumbró el Derecho de gentes orientada a disminuir las diferencias entre los derechos locales (p. 27).

No se puede perder de vista, sin embargo, que también en el Derecho inglés existió abundante inquietud comparativa, siendo una de las obras cumbre la *Ancient Law* de Maine en 1861, inclusive en 1894 se instauró formalmente la Cátedra Quain de Derecho comparado en el *University College* de Londres (Cooke, 2018, p.34). Lledó y Zorrilla (Según cita Sotomarinó) refieren que la comparación jurídica tuvo su germen en la codificación europea con el examen de las divergencias entre los diferentes códigos nacionales, además, porque el proceso codificador germinó un Derecho que podía considerarse universal por su carácter positivo (p.60).

La fragmentación del *jus commune* europeo ocurrida en el siglo XIX por las codificaciones nacionales fue una gran oportunidad y necesidad entonces para la comparación de diversas leyes nacionales en los estudios universitarios; desde lo cual, el derecho comparado detenta como uno de sus rasgos esenciales la reacción contra aquella nacionalización que posteriormente terminó siendo esencial en las relaciones internacionales (Jauffret-Spinosi y David, 2010, p.2).

De forma orgánica la disciplina comparativa nació con la fundación, en París, de la *Société de Législation Comparée* en 1869¹⁰, pocos años después el gobierno francés instituyó un comité de legislación extranjera, igualmente el *Institut de Droit*

¹⁰ Tesis señalada también por (Jauffret-Spinosi, 2010, p.2).

International ya venía usando desde su fundación en 1873 el método comparativo para abordar tópicos de derecho internacional privado; los juristas ingleses no se quedarían atrás, pues en 1895 fundaron la *English Society of Comparative Legislation*; los juristas iberoamericanos también efectuaron un importante aporte a la formación de la disciplina, en 1851 crearon la primera cátedra de Derecho Comparado en la Universidad de Madrid, mientras que el primer libro publicado fue *Ensayo de Introducción al Estudio de la legislación comparada* del autor Azcárate (Cooke, 2018, p.34-35).

Jauffret-Spinosi y David (2010), sin embargo, discrepan respecto a la creación de la primera cátedra, pues además de encumbrar a Maine y Kohler como los conspicuos representantes del asombro por la evolución del derecho que habían alcanzado las civilizaciones en comparación con las costumbres de las tribus más primitivas, inciden en que ese mismo espíritu llevó a la fundación de la cátedra de legislación comparada en 1831 en el *Collège de France* (p.3).

Qué duda cabe que en la segunda mitad del S. XIX el Derecho Comparado se consolidó como disciplina, primero en Francia, con la edición de un Boletín a cargo de la *Société de Législation Comparée* (1869) y el *Anuaire de Législation Comparée* (1872). Por aquellos años también aparecieron publicaciones periódicas alemanas bajo la dirección de Kohler. Italia también se sumó al impulso de la disciplina a través de sus revistas *Rivista di Diritto Commerciale e Straniero* y la *Rivista di Diritti Internazionale Comparato* (Cooke, 2018, p.36).

En sus principios se le denominó legislación comparada, como tributo asociado al positivismo, también se le asoció a mero apéndice de Filosofía del Derecho, o inclusive detentaría un mero valor histórico¹¹, no obstante, específicamente fue el genio de Kohler, quien precisamente en el primer congreso introdujo la noción de ciencia del Derecho Comparado (Pegoraro y Rinella, referida por Sotomarino, 2018, p.60).

La comparación jurídica llegó al congreso referido con objeto de teorización en búsqueda de un derecho internacional común, sobre todo en el ámbito privado y a eso abundó el tratado *La fonction du Droit civil comparée*, esfuerzo magistral del genio de

¹¹ Cooke (2018). *Ibíd.* p. 37.

Lyon, Edouard Lambert. En el escenario post bélico, sobre aquella base se desarrolló el movimiento pro unificación, esencialmente con el influjo de la Sociedad de Naciones, instaurándose como su filial en Roma el “Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado”. En el mismo período nació la “Academia Internacional de Derecho Comparado” de la Haya. La institucionalización conllevó a la celebración de Congresos del que participaron prestigiosos juristas del ámbito europeo (Cooke, 2018, p.39).

En tiempos actuales, la comparación jurídica ha sido reconocida como cátedra, tanto en prestigiosas universidades europeas como en las americanas (Lousiana, Chicago, Michigan), más a nivel de post grado (Lyon, París, Estrasburgo, Tolouse, Berlín, Roma). En Inglaterra, si bien en menor medida, empero existen universidades que han hacen estudios jurídicos comparativos (Londres, Manchester). El comparatista ya no tiene que justificar su especialidad, pues el Derecho Comparado está ya reconocida como una especialidad de la técnica jurídica (Cooke, 2018, p.42 y 43).

2.1.2. Teorías desde los que se intentan explicar el Derecho comparado.

Las definiciones en derecho son insatisfactorias, más bien generan controversias inútiles, sobre el derecho comparado en particular se han ensayado definiciones sin considerar su naturaleza, sino sólo su objeto, usualmente identificado por los partidarios de la unificación, como una rama de la ciencia jurídica orientada a generar un vínculo íntimo entre instituciones jurídicas de diversos países. También ha recibido diversas denominaciones, especialmente en Alemania (Historia comparada del Derecho, Historia Universal de Derecho, Historia General de Derecho) (Cooke, pp.11y12).

Coincide con ello Somma (2016) y afirma que no es ajena a las vicisitudes en cuanto a su definición y sus métodos, usualmente se ha pretendido explicar desde las máximas positivistas, como una suerte de extrapolación de los métodos de comprensión del derecho local, lo cual, sin embargo, es casi sólo aparente, pues no es lo mismo “*la concepción de qué cosa deba considerarse derecho puesto por la voluntad humana*” que “*los términos de su cognoscibilidad*” (pp. 49-50). Sin embargo, el positivismo

científico en el aspecto social ha sido bastante cuestionado, especialmente en cuanto sostenía que al conocimiento es eminentemente perceptivo y posible de ser enunciado en su objetiva corrección, porque los conocimientos son enunciados en búsqueda de consenso y derivados de las formaciones anteriores (Soma, 2006, pp.54-55).

Sin embargo, según Zweigert y Kötz (citado por Sotomarino, 2018) el significante Derecho Comparado alude al estudio teórico donde el objeto es el Derecho en cuyo proceso interviene justamente la comparación (p. 58).

Regresando a la tesis positivista también los comparatistas asumen que la mera descripción es imposible en tanto no se puede alcanzar objetividad dada “*la insuprimible parcialidad del observador*”, especialistas, sobre todo, en ocultar cualquier aspecto que ensombrezca el nivel de objetividad. En tanto la comparación es un discurso acerca del derecho, no hay neutralidad, más bien, hay una “*dirección científica cultural del descriptor intérprete*” (Somma, 2006, p.56).

Para entender en qué ámbito es que tiene vigencia la teoría antes indicada, es importante considerar que el Derecho Comparado en cuanto a su objeto ostenta dos dimensiones una práctica y otra teórica. La primera es la de mayor vigencia en estos tiempos y tiene como base la utilidad de la confrontación de uno o varios derechos foráneos en aras de sacarle provecho para una determinada realidad nacional, mientras que sobre aquella actividad se levanta la segunda como una dimensión especialmente especulativa y desinteresada (Andruet, 1996, p.1135).

Somma (2016) intenta esbozar que la comparación es una conciencia crítica de la conexión entre el fenómeno jurídico y su contexto, la sociología y la historia particularmente, en el cual, también es posible diferenciar entre la doctrina y las ciencias histórico comparativas (p.56), resultando decisiva el uso de los métodos de la investigación histórica (p.58), pues según ha advertido la corriente estructuralista se padece de disociación entre ambos fenómenos (p.59), acercándose al riesgo de la teoría pura del derecho y situando en el centro de discusión el uso de los datos lingüísticos (p.60), procurando ocultar el elemento presente de subjetividad de la comparación en pro de la aproximación de orden científicista (p.61).

Parece ser que la tesis precedente no toma en cuenta los ámbitos que abarca la comparación especulativa, que son filosófica, doctrinaria y epidíctica. Parece ser, también, que acorde con la exposición de Andruet (1996) la especulación epidíctica es sólo por tal, es decir, sin ninguna intención de interferencia en los sistemas jurídicos que se está comparando, ni para bien, ni para mal, monodológica. Diferente a un iuscomparatista doctrinario, quien además de analizar las fortalezas y debilidades del objeto de estudio, muestra preferencias y realiza proyecciones sobre los efectos de la presencia o ausencia de tal o cual instituto jurídico (p.1136).

El estructuralismo cargado de científicismo llega a ser un vehículo para el estudio del derecho comparado, sin embargo, es preciso que se valore el carácter subjetivo del estudio comparativo, reconociendo el carácter prescriptivo de todos los discursos sobre el derecho. De hecho, de la mano del estructuralismo, en Italia el Derecho comparado se consagró como conciencia crítica del derecho. Aunque en Alemania el mismo rol jugaría el pensamiento funcionalismo nacida de la brillantez de Durkeim, según cuyo postulado para comprender los fenómenos sociales es preciso valorar la “función” que cumplen lejos de decantarse a analizar sólo su “*utilidad*” o “*causa eficiente*”, pues la existencia de las cosas emana de ciertas causas determinantes irreductibles a los meros “*resultados útiles que producen*” (Somma, *ibíd.* pp.65-66).

El comparatista filosófico podría indagar a fondo desde una perspectiva contextual con plena consciencia que el sistema jurídico positivo es la mera exteriorización de una cultura popular, explorando inclusive los esquemas ideológicos y filosóficos que soportan a cada sistema jurídico confrontado (Andruet, 1996, p. 1137)

Se intenta sostener que aún existe un punto de confluencia entre los métodos funcionalista y estructuralista en que el derecho debe ser abordado desde sus relaciones con el todo, empero, la diferencia está en que el estructuralismo entiende a las relaciones aisladas de los elementos externos de la estructura, mientras que para el funcionalismo el derecho es parte de un sistema más amplio y las relaciones entre ambos ocupan el espacio central de sus reflexiones. En resumen, para el estructuralismo el objeto de estudio es el derecho como un sistema independiente, mientras que el funcionalismo lo considera como “*dependiente de la sociedad global*” (Somma, *ibídem*).

Vernaux (citado por Andruet, 1996,) destaca la importancia de la crítica jurídica, enraizada en la filosofía del conocimiento jurídico. La crítica, es expansiva a otras disciplinas como la gnoseología, epistemología y consiste en juzgar el valor de una cosa en función de una regla o un ideal, en buena cuenta es reflexión o análisis del conocimiento del Derecho no limitado (p. 1138-1139).

Las perspectivas críticas más exacerbadas sobre el derecho comparado quizás provengan del análisis económico del derecho (AED) que en palabras de Somma (2016) consiste en la reflexión acerca del derecho bajo parámetros de la ciencia económica (p.73) fortalecida especialmente en USA allá por la década de los setenta coincidiendo con la crisis de las teorías tradicionales del derecho, especialmente el positivista, que pretendían presentar el derecho como un fenómeno objetivo y neutral. El AED, además de buscar recuperar la relación entre el derecho y la sociedad, pretendía desentrañar las falacias en que incurrían con la pretendida objetividad, bajo la máxima tesis de Posner, por el cual, ante la innegable ausencia de proporción entre los limitados recursos y las necesidades humanas, el derecho también sirve a los fines humanos de la maximización de sus necesidades y satisfacciones, confiando en la vieja regulación de la oferta y la demanda (p.75). En buena cuenta el derecho comparado debe encausar el libre mercado, sin reforzar la situación de algunos de sus actores (p.76), procurando el abstencionismo estatal (p.77), señaló Pigou como “*las condiciones aptas para crear la máxima eficiencia del sistema*” (p.77).

La emulación de la tesis de abstencionismo estatal y el libre mercado ha sido pulverizada por la reciente e inédita crisis global provocada por la pandemia del Coronavirus, el cual no sólo ha desnudado las miserias que atañen a dejar las relaciones económicas en la mera ley de oferta y demanda. Qué duda cabe que permitió la acumulación de riqueza sólo en un grupo demasiado minúsculo de personas con el consecuente incremento de la brecha económica, la nula inversión de los Estados en los sistemas de salud y la pobreza extrema inclusive en los países así llamados desarrollados. El derecho comparado en adelante no debe exacerbar la ausencia de regulación de las relaciones económicas internacionales, pues tal como ya lo había advertido Ferrajoli (2013), entre otros poderes, el poder económico sin instrumentos que lo rijan o lo limiten es considerado un poder paralelo y salvaje.

Aprecia Somma (2016) que, la perspectiva hermenéutica en su intento de medio conector de las teorías hasta ahora descritas, viene a sostener que la reconstrucción de la realidad no puede ser expresado como mera reproducción de los hechos, sino que siempre tendrán el aporte del intérprete sobre la realidad, es decir, aplicada a nuestra disciplina, estamos frente a la inescindible presencia de una dosis de “subjetividad de la comparación” (p.85). Recurriendo a Heidegger y Nietzsche, enfatiza que la hermenéutica del siglo XX es la ciencia del ser del ente, incapaz de transmitir el sentido auténtico de las cosas, en buena cuenta “los hechos no existen”, sino sólo interpretaciones efectuadas por sujetos sobre “realidades subjetivas” (p.89). La hermenéutica no sólo es una teoría de historicidad de líneas de verdad, ella misma es una verdad radicalmente histórica (p.90).

Se encuentra cierta similitud con la tesis de Leoni sobre la comparación, cuya perspectiva influenciada por la fenomenología Husserliana, en el cual la noción de significado como acto discrecional hacia los objetos guarda relación con el concepto de pretensión, por lo que las estructuras lingüísticas determinarán el concepto del derecho en el contexto social del cual es parte (Iannello, 2014, p.129).

Somma (2016) se muestra pesimista sobre la tesis hermenéutica, inclusive la tacha de ostentar una vocación nihilista, desde el cual sería inadmisibles la comparación histórica en retrospectiva que plantean y practican los romanistas en aras de un nuevo concepto de derecho romano constituida a partir del viejo derecho romano, destinada a todos los pueblos cuyos sistemas jurídicos son sus herederos (p.91).

Con Ferreira y Morais (2018) coincidimos en que resulta desacertado denominar derecho comparado a la simple acumulación paralela de datos acerca de diversos órdenes jurídicos o sobre el régimen de las instituciones jurídicas afines en diferentes órdenes jurídicos (p.28).

Finalmente, no puede dejar de mencionarse la tesis del pluralismo jurídico, el cual aporta otra visión por la cual no resulta inadmisibles que sólo el Estado esté en el centro de producción de normas, revelando la heterogeneidad de fuentes en cuya producción el rol de la sociedad es definitivo mediante el derecho no verbalizado (Somma, 2016, p.103).

2.1.3. Problemas en la delimitación del objeto y el método de la Comparación Jurídica.

La comparación es una actividad inescindible a la existencia del ser humano, quien está comparando permanentemente en cada instante de su vida, comparar es el medio o instrumento que le permite tomar decisiones adecuadas y la elección de situaciones ventajosas. Por ello acierta Ajani (2010) en que la comparación es una de las formas esenciales del pensamiento, que puede ser ingenio, en cuanto sea una actividad de la vida cotidiana o experto cuando se efectúa en un plano técnico o científico (p.19).

Coincidimos con Sotomarin (2018) en que la actividad comparativa va desde el alumbramiento hasta cuando paran las actividades neuronales que la posibilitan. “Al comparar, procesamos información de manera constante y dinámica, aprendiendo, juzgando, interpretando. Para fijar las semejanzas se detecta lo homogéneo, mientras que para diferenciar se captan particularidades, elementos distintivos o heterogéneos” (p.58)

La premisa antedicha también nos sitúa frente a un escenario por el cual queda claro que, a nivel científico, la comparación no es exclusiva de la disciplina Jurídica, sino que es de uso tanto en la antropología, sociología, medicina, química, economía, literatura etc. Además, la comparación puede ser sincrónica, en cuanto tenga como objetos a fenómenos de diferentes espacios, también puede ser diacrónica cuando se refiera a fenómenos en diferentes tiempos (Ajani, 2010, p.19).

De acuerdo con Somma (2016) a nivel filosófico se entiende que el comparatista se ubica en la investigación posmoderna, cuyo propósito es el análisis diferencial, esto es, del énfasis en las diferencias entre los fenómenos confrontados. Sin embargo, desde una perspectiva más aterrizada Ajani (2010) dice que el objeto de la comparación puede tener elementos de dimensiones circunscritas o dimensiones extendidas, lo que conlleva también a los modelos de *microcomparación* y *macrocomparación*, respectivamente (p. 19).

El objeto del derecho comparado precisa entender previamente la idea que la resume, esto es, según Ferreira y Morais (2018) la comparación de derechos o

Rechtsvergleichung, que en buena fe está referida a la sistematización de diferencias y semejanzas de diversos sistemas jurídicos. Pero el objeto no ha sido uniforme, en el primer período o llamado romántico, el objeto se delimitó por la función que se le fue atribuida y sus exponentes, los ya referidos Saleilles y Lambert, cuyos rezagos aún persistieron en el S. XX con Wolf y Schitzer; luego se desvinculó de su función, de modo que el objeto se delimita ya de forma neutra con estricta relación a las realidades de la comparación jurídica (p.25).

A la comparación como actividad cognitiva, le son indiferentes las utilidades que puedan derivarse de su resultado. Aquella tesis rige para la comparación jurídica en todas sus manifestaciones, diacrónicas y sincrónicas. Derecho comparado en consecuencia equivale a “comparación jurídica”. Ello supone una actividad cognitiva, es decir, una forma de percepción y representación de un fenómeno. Su orientación está declarada en la prima “tesis de Trento” de 1987, según el cual, la función de la comparación jurídica es la adquisición de un mejor conocimiento del Derecho, la posterior búsqueda y promoción del más idóneo sistema jurídico (Ajani, 2010, p.21).

Ferreira y Morais (2018) ha mostrado su discrepancia tácita respecto a lo anterior, él considera que la comparación jurídica tiene como objeto central fenómenos actuales, mayor énfasis a la comparación sincrónica u horizontal, aspecto por el cual se diferencia de la historia del derecho que es diacrónica o vertical y la historia comparativa del derecho que se enfoca más en comparar la evolución de varios sistemas. Sintetiza señalando que, entonces, el objeto de la comparación es tendencialmente sincrónico y actual entre sistemas jurídicos, ya sea en su totalidad o bien respecto a algunas instituciones, en particular (p.26).

La perspectiva antedicha es reduccionista, primero porque ni siquiera los autores se han puesto de acuerdo o mostrado unanimidad sobre los límites del objeto de la comparación y segundo porque la comparación no es enteramente actual, sino que siempre recoge datos históricos, aun cuando la comparación concreta alcanzara sólo a instituciones jurídicas de ordenamientos jurídicos vigentes, es inexorable que el estudioso del derecho oriente su inquietud a datos históricos o los antecedentes de esa institución jurídica vigente materia de comparación. Es que, como reza el viejo dicho

“no hay nada nuevo bajo el sol” (*nihil novi sub sole*). Conocer el estado actual de una institución jurídica, supone siempre averiguar sus orígenes y evolución.

El Derecho Comparado ostenta un objeto de estudio de naturaleza abierta, es decir, no se dirige a un sistema cerrado de reglas como sí el Derecho Internacional, por ello existe proximidad con la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho. Es que se refiere a datos acaecidos históricamente y verificables, acorde con la II tesis de Trento la comparación atiende a los distintos fenómenos jurídicos existentes concretamente en el pasado y el presente, con los mismos criterios de validación que las ciencias históricas. Debe quedar claro sin embargo que no es lo mismo que el estudio del Derecho extranjero (Ajani, 2010, p.22).

Parece ser que Cooke (2018) es consciente que el objeto de un estudio comparativo está sujeta a la discrecionalidad del comparatista, pues él puede establecer el campo de estudio que vaya a abarcar a dos o más sistemas, alguna rama especial del derecho o inclusive un concepto legal. El valor de la comparación no depende del número de sistemas objeto de investigación. Tiene como regla general que no debe llevar más allá de lo necesario para enfatizar los aspectos más relevantes del Derecho materia de estudio (pp. 121,123).

La macrocomparación o sistemología en tanto compara sistemas jurídicos considerados en su globalidad, tiene como función la agrupación de los mismos en familias o círculos, mientras que la microcomparación centra su atención en las instituciones jurídicas afines en ordenamientos jurídicos diferentes (Ferreira y Morais, 2018. p. 26-27).

La ruta trazada por Ajani (2010) para la actividad comparativa es:

- (a) Elección de la dimensión (macro o micro)
- (b) Elección de campos de observación.
- (c) Identificación de similitudes y diferencias entre los objetos de la comparación
- (d) Síntesis comparativa.

- (e) Explicación sobre la base de datos comparados, similitudes y de las diferencias.
- (f) Valoración de los resultados.

La comparación puede ser de tipo descriptivo (a—d), valorativo (e y f). Además, la comparación jurídica puede ostentar no sólo la de conocimiento científico, sino ayudar al legislador a individualizar la norma, al intérprete, al traductor, al abogado o el jurista y cualquiera que esté volcado en la armonización del derecho (p.22-23)

Respecto al método del Derecho Comparado, Monateri (2012), respondiendo a la interrogante ¿Cómo comparar los sistemas jurídicos? Afirma que el planteamiento de las familias jurídicas es atribuible a René David y tiene un sustento histórico análogo a la lingüística comparada, esto es, sigue el método de agrupación por árboles genealógico. Esencialmente el enfoque establece en cuanto respecta a la identificación dual, el de la familia romanista (o Eurocontinental) y la familia *Common Law*, que son identificables, pese a que inclusive podrían convivir en un mismo espacio geográfico (v.g. Quebec y Lousiana). Por directivas del Banco Mundial, la *Law and Finance* y la *corporate governance* se ha concluido que el sistema Eurocontinental ofrecen menor protección en el mundo de los inversionistas globales (p. 122).

Somma (2016) es de la perspectiva que la comparación jurídica no puede ser degradada a mero método jurídico, porque se ha afirmado como ciencia crítica contra los dogmas del positivismo y su tesis de unicidad, recurriendo especialmente a la teoría de los formantes en clara analogía con la fonética acústica, que permite descomponer e identificar cada elemento, por ejemplo, el formante legal, el doctrinario, el jurisprudencial. El comparatista puede actuar como sistemólogo o como estudioso de construcciones jurídicas específicas (p. 152-154).

La *generación del noveciento* (Saleilles y Lambert) comparativo purgó al Derecho Comparado de las propuestas metodológicas de las ciencias románticas de los S. XVIII y XIX y ensayaron un método estándar de derecho comparado, de cierto modo, aceptado aún hasta nuestros tiempos. Lambert emuló que la comparación sigue tres orientaciones: (i) la etnológica por el cual se hurga y compara los derechos de los pueblos antiguos; (ii) la histórica, que se enfoca en la evolución de aquellos derechos antiguos y a través de la comparación se busca extraer leyes universales y (iii) la

dogmática, por el cual, el derecho comparado es un instrumento de revelación o aplicación del derecho contemporáneo (López-Medina, 2015, pp. 126 y 133).

Desde su patente descriptiva, así como los mapas en geografía o la taxonomía en la botánica, el Derecho Comparado ostenta una función dual, por un lado, una función ontológica o de señalamiento de lo existente y, por otro lado, la de representación de los resultados de la observación, porque el Derecho Comparado también forja taxonomía y diseña reagrupamientos en los que coloca datos, en tanto en el mundo hay alrededor de doscientos ordenamientos jurídicos nacionales, sin contar órdenes supranacionales y los que coexisten de las propias naciones federadas. Sin embargo, a diferencia de las ciencias naturales, la comparación jurídica busca representar fenómenos complejos (no son del mundo físico) y variables (en constante mutación), por lo que el criterio de clasificación se establece convencionalmente. Además, todo criterio de clasificación será parcial (Ajani, 2010, pp.29 y 30).

Para los nevecentistas (señala López-Medina, 2015) el método del derecho comparado está dominado por su vocación a la convergencia universalista, a revelar las leyes de la evolución del derecho, ostentaba método propio, el cual es la determinación de las leyes originales de la humanidad y su clasificación en grupos en los que se van ubicando genealógicamente a cada derecho nacional. Bajo ese criterio Esmein propuso las familias de derecho latino, anglosajón, eslavo y musulmán (p.146).

Parece quedar de manifiesto que el derecho comparado tiene como método el señalamiento o fijación de la naturaleza de un determinado ordenamiento jurídico, esto es, la determinación de sus rasgos más esenciales, su evolución histórica, su genealogía, para luego ubicar en un determinado grupo o familia, es enteramente taxonómica.

Los novecentistas tuvieron claro la necesidad de separación entre la dimensión positiva del derecho comparado y la dimensión histórica. El primer paso del método, entonces, debe ser la selección de los ordenamientos a compararse y el segundo paso la revisión profunda de cada grupo escogido. El comparatista no debe limitarse a examinar la legislación, por lo contrario, debe entender que el derecho jurisprudencial o derecho vivo, hace mutar a la legislación adecuándolo a las variaciones contextuales. El tercer

paso es entender el espíritu y razón de ser de cada solución en el marco global del derecho extranjero. El cuarto paso es encontrar la unidad en la solución, en caso no haya esa igualdad a casos análogos, al menos se hallará la tendencia. El quinto paso es la agrupación de los ordenamientos analizados en sistemas o familias siguiendo el criterio de la tendencia de solución, averiguando, además, los factores estructurales (constitucionales o culturales) que conlleven a un derecho común legislativo (López-Medina, 2019, p.p. 148-151).

Acorde con David (2010) la valía del derecho comparado no puede ser objetado, pues ostenta una enorme influencia respecto a la ciencia del derecho, porque, aspira a servir de escuela a los juristas, respecto a la función y significancia del derecho, desde la experiencia de las naciones, permitiéndoles formular concepciones de mejora en sus derechos internos (p. 11). Ciertamente, la comparación jurídica es una herramienta imprescindible para la ciencia del derecho, porque casi ninguna legislación es genuina o *ex novo*, todas, de cierta forma, son herederas de otra fuente, ya sea positiva o consuetudinaria, dado que no hay nada nuevo bajo el sol. Es que inclusive el mismo Derecho Romano no nació desde la nada como un sistema inédito, sino que más bien, fue la evolución de las costumbres ancestrales y así sucesivamente, casi todas las legislaciones son un trasplante de otros sistemas precedentes.

El comparatismo jurídico del S. XX, no obstante que es científico y funcional, padece de demasiado eurocentrismo y, comete el error de otorgar poca relevancia al Derecho latinoamericano, inclusive al *Common Law*, a pesar que América Latina, forma parte del mismo espacio jurídico transnacional común, que intenta un cambio jurídico, por encima inclusive de la política nacional de los países, alcanzando el cambio de los derechos nacionales de soberanías abiertas en virtud a procesos masivos y convergencia comparada (López-Medina, 2019, pp. 153-155).

Para abreviar la problemática de la función y el método¹², apelando a Ferreira y Morais (2018) resulta imprescindible la referencia de la obviedad en que el derecho

¹² El autor italiano Sereni (1961, p. 334) en un discurso pronunciado en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado Ítalo-Ibero-Americano, efectuó una acotación básica pero trascendental, que a diferencia de otras ramas del derecho que abordan los fenómenos jurídicos desde un ángulo visual interno o “desde lo dentro”, el Derecho Comparado, en cambio, colocándose “fuera” tiende a contraponer distintos sistemas jurídicos en aras de mostrar sus afinidades y diferencias, resultando, en consecuencia, que la indagación de ésta última es metajurídica e histórica.

comparado es una ciencia autónoma con un objeto propio que es la comparación de pluralidad de órdenes jurídicos con una perspectiva diversa a cómo lo hacen otras disciplinas afines y cuenta con un método propio y específico que es el método comparativo, en buena cuenta “(...)el derecho comparado es una ciencia autónoma, que se subdivide en dos ramas o vertientes complementarias: la macrocomparación y la microcomparación” (p.54)

El proceso comparativo goza de abundante explicación por Ferreira y Moráis (2018, p. 47-49), quienes conciben que el método macrocomparativo pasa por distintas fases, que también han sido considerados como los “*métodos de las tres ces*”:

- (i) **Fase analítica o el de conocimiento.** Que en buena cuenta significa la descomposición de cada sistema a comparar en sus elementos más relevantes, para luego llenar la cuadrícula comparativa, siguiendo ciertas reglas: (a) La primera, el uso de fuentes originales (autores que estudian directamente cada fuente, supone también en la propia lengua del sistema que se analiza). (b) Segunda, tomar el sistema de fuentes en todo su contexto. (c) Tercera, usar el método propio del orden jurídico respectivo. (d) Cuarta, en tanto sea posible, la aproximación al “derecho vivo”, esto es, a cómo se le concibe en el contexto social.
- (ii) **Fase de integración o comparación.** En resumidas cuentas, es el camino crítico orientada a la integración sistemática de los elementos estructurales o distintivos de los ordenamientos analizados, que es realizada sin descuidar los factores históricos y todos los elementos metajurídicos.
- (iii) **La síntesis comparativa** o la expresión de la resultante comparativa. Es la construcción de la relación de semejanzas y diferencias. Pues como señala Gorla, los resultados comparativos ostentan dos facetas: la de las “concordancias” y la de las “diferencias”.

Como síntesis de este apartado se puede señalar que el Derecho Comparado es una disciplina imprescindible en la evolución de la Ciencia del Derecho, ninguna legislación nació de la nada, ni es una invención *ex novo*, todos los ordenamientos jurídicos son la consecuencia de una larga evolución, ligado a la historia. Por citar

alguno, antes del Derecho Romano estuvieron las costumbres indoeuropeas, luego, el Derecho Romano experimentó una transformación por la simbiosis con la cultura y el derecho griego conocida como helenización, posteriormente con las costumbres locales de los asentamientos germanos, luego el Derecho Canónico, todo este cúmulo fue llevada a los países latinoamericanos. Parece que no hay nada ajeno en los ordenamientos jurídicos¹³, pero para comprender a cabalidad todo ordenamiento jurídico, es importante compararlo no sólo con sus ancestros (comparación diacrónica), sino también con sus contemporáneos (comparación sincrónica).

2.2. REFERENCIA A LOS SISTEMAS JURÍDICOS, CON ÉNFASIS EN EL *COMMON LAW*.

Un análisis histórico de la formación de los sistemas jurídicos, así como de las prácticas de intercambio de los bienes, especialmente un espacio terrestre o inmueble, nos debería llevar a hurgarlo hasta la prehistoria, pues como desarrolla Ribas (2015) “(...) *el Derecho, la norma jurídica, estuvo presente desde el comienzo de la aventura humana (...)*” (p.14). Además, de entre las diversas manifestaciones, la noción de propiedad privada individual ya estaba presente en las sociedades primitivas, “*De hecho, cuando se habla de principio de cooperación del grupo, implícitamente se está admitiendo la existencia de cosas pertenecientes a un individuo (...)*” (p.151), inclusive la noción de propiedad privada fue tan intensa que se concebían como “*una extensión de la propia persona*” a tal nivel que los muertos eran enterrados con sus cosas (p.151).

Agrega el citado autor que, inescindible a la noción de propiedad es la donación, o peor aún, como el acto jurídico primordial de intercambio de bienes, “*la donación es anterior a cualquier otro negocio*”, mientras que el trueque o permuta, no constituye sino sólo una evolución, no consiste más que en “*dos donaciones recíprocas unificadas*”, que luego con la intensificación de los actos de intercambio, gesta el génesis de algunas cosas que sirven como medida de valor, hasta que al parecer en el neolítico aparece el dinero en sus primeras formas como cereales y cabezas de ganado,

¹³ Aun cuando hubiese temas ajenos en los ordenamientos jurídicos, el Derecho Comparado cumple la función de “*hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista*” (David, René, Citado por Ortiz, René, 1991, p. 8).

pues el dinero no necesariamente es moneda, más bien, el uso de éste último es un fenómeno tardío (Ribas, 2015, pp. 155-166).

Según López Melero (citado por Ribas), 3000 años a.C. en Mesopotamia¹⁴, se usó la plata como medio de intercambio (el Siclo), pero “*la moneda en sentido estricto aparece en Asia menor hacia el 700 a.C.*”, como idea de precio, lo que conlleva la aparición la compraventa, en sus diversas configuraciones por ejemplo “*puede generar por sí mismo la trasmisión de la propiedad o sólo la obligación de trasmitirla por medio de un acto jurídico diferente*” (pp. 156-166). Con ello, hemos llegado a la idea de sistema de transferencia de propiedad asociado a la compraventa.

No es nuestra intención efectuar un desarrollo pormenorizado de la evolución de la noción de intercambio o transferencia de bienes a través de toda la historia, lo relevante aquí es enfatizar sobre cuáles son las familias de grandes sistemas jurídicas según los consensos de los comparatistas y que de modo trascendente para la formación de la tradición jurídica occidental hay un hito histórico, el Derecho Romano, porque es el alma del Derecho Romano que pervive en los sistemas jurídicos de la modernidad y contemporaneidad.

Parece que todo intento de agrupación de los ordenamientos jurídicos del mundo en grandes sistemas o familias, es un problema sin resolverse, pues si bien existen acuerdos mayoritarios, está latente el riesgo que esos catálogos ostenten una naturaleza transitoria, no sólo porque es difícil llegar a los elementos internos específicos o más profundos de cada legislación, pero también porque con el devenir, las legislaciones que en un tiempo pasado recibieron influencia de una familia jurídica van mutando por influencias de legislaciones de otra familia.

¹⁴ Un mayor recuento histórico de la aparición del dinero efectúa Huidobro, José Manuel (2009). El Dinero. En Manual formativo de ACTA. ISSN 1888-6051, N°. 54, pp. 105 a 112. Recuperado del sitio web. https://www.acta.es/medios/articulos/cultura_y_sociedad/054105.pdf (02/01/2020), sobre el desarrollo del dinero y crédito en Mesopotamia es importante consultar a AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos y CARVAJAL, Patricio (2016). Hacia una protohistoria del comercio en el creciente fértil y su interconexión con el Derecho. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección derechos de la antigüedad salvo el romano] XXXVIII, Chile. pp. 37-45. Disponible en el sitio web <https://www.redalyc.org/pdf/1738/173847571001.pdf> (02/01/2020).

Acorde con Ferreira y Moráis (2018) los criterios de agrupación pueden ser simples que se rige por la genealogía o complejos que a su vez pueden ser cumulativa y estructural (p.55).

Pese a que han abundado críticas de eurocentrismo y otros, la agrupación de David (2010) en los grandes sistemas jurídicos contemporáneos parece ser la más tolerada o la que hasta ahora es considerada la más aproximativa: él considera que tenemos, por un lado, los sistemas más grandes o más importantes:

(i) La familia Romano-Germánica

(ii) El *Common Law*

(iii) El sistema Jurídico Ruso

Y los que se consideran las concepciones jurídicas de otra naturaleza, dentro de los que caben:

(iv) El Derecho Musulmán,

(v) El Derecho Hindú,

(vi) Los Derechos del Extremo Oriente (Derecho Chino y Derecho Japonés).

(vii) Los Derechos de África y Madagascar.

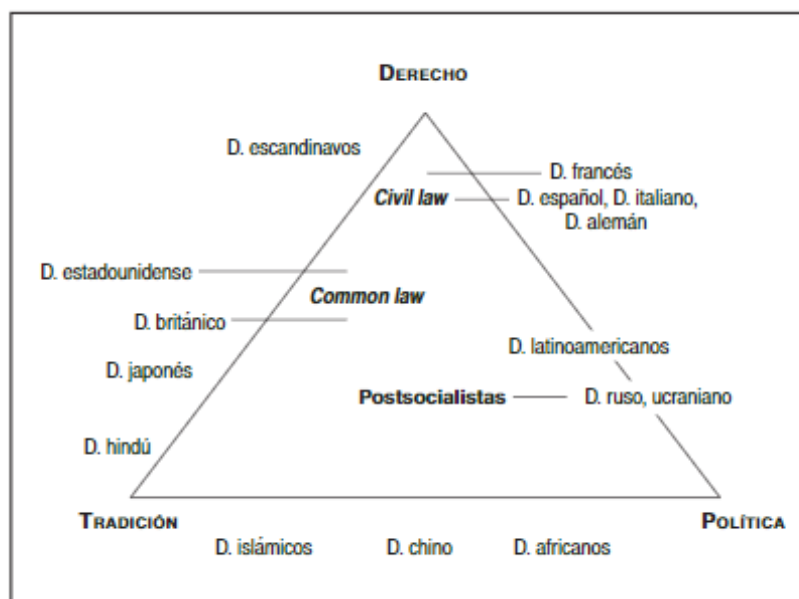
No obstante que hacen algunas precisiones, Ferreira y Moráis (2018) siguen la clasificación precedente, así consideran trascendentales, las de raíz europea que son: La familia romano-germánico, que según Zwigert, a su vez, son: romanístico, germanístico y nórdico y, por otro lado, la familia *common law*, considera que ya es impropio aludir a la familia de los derechos socialistas desde la caída del “bloque del este”; mientras que la referencia al espacio cultural islámica, hindú, africana y extremo oriente, no resulta ser un criterio uniforme (p. 56). El aporte trascendental de los autores radica también en la alusión a la existencia de sistemas híbridos porque existen naciones en los cuales coexisten pluralidad de los sistemas referidos (p.56).

Berman (1996), tiene una posición opuesta respecto a la clasificación de las familias jurídicas, de hecho, él señala que la formación jurídica de occidente fue unitaria, que

tanto el derecho inglés como el derecho eurocontinental ostentan una misma tradición jurídica que va desde Derechos Tribales post romanos y la gran Revolución Papal que originó el Sistema de Derecho Canónico, porque en buena cuenta todo lo que se conoce como occidental en la modernidad, estos son, instituciones jurídicas, Estado, Iglesia, Filosofía, universidad y tantos otros valores, no surgieron, sino después de 1050-1150 (p.14). Es verdad que el espacio cultural conocido como occidente es portadora de valores jurídicos similares o análogos e inclusive aun cuando sigue existiendo una clara influencia de los casos emblemáticos (piénsese en el caso *Marbury vs. Madison*), pero también es verdad que en la evolución que siguieron sus sistemas jurídicos existió un alejamiento no sólo estructural, sino especialmente en el uso de las fuentes de derecho.

Desde la clasificación matriz propuesta por David, se han ensayado otras variantes, es el caso de la expuesta por Gambaro y Sacco (citada por Ajani -2018-), así indican: (a) la tradición jurídica occidental, (b) el Derecho de los países islámicos, (c) el Derecho Indio, (d) el Derecho de Extremo Oriente y (e) el Derecho del África subsahariana (p.33). De la misma forma Zweigert/Kötz (1998) considera que el sistema jurídico del mundo puede ser agrupado en grandes familias que son: (i) The Romanistic Legal Family más afín al French Law, (ii) The Germanic Legal Family, (iii) The Nordic Legal Family, (iv) The Anglo-American Legal Family; (v) Law in the Far East; (vi) Religious Legal Systems (pp. 63-313)

Pero la variante más novedosa y más radical es la que presenta Ugo Mattei (Citado pro Ajani, 2018, p.35), quien prescindiendo del criterio de agrupación por familias y privilegiando la denominada relación trídica derecho-política-tradición, formula:



La agrupación desde relación trídica presentada por Mattei es una perspectiva bastante prometedora, sin embargo, para nuestra investigación, no resulta propio usarlo, dado que nuestro enfoque propiamente es efectuar la comparación de nuestra legislación con las legislaciones de la familia Romano-Germánica, o *civil law*, que también, para efectos prácticos podría considerarse el sistema jurídico eurocontinental. A esa razón viene a apoyar lo que para Galgano (2000) sigue siendo la *summa divisio* en la visión planetaria del derecho privado, aun cuando dentro del sistema continental existan una ulterior división entre el derecho romano-francés y el derecho romano-germánico, además de la dificultad de situar a los países nórdicos en una u otra familia (p.20).

Como quiera que además del *civil law*, también prepondera o compite con él, el *common law*, lo que equivale a que sean estos los dos mayores sistemas, resulta necesario formular una referencia a la evolución y rasgo genérico del *common law* y un énfasis especial a la evolución del Derecho Romano-Germánico, la referencia al *Common Law* está justificada en aclarar las razones por las cuales habiendo sido Britania también un territorio romano, no obstante, detenta una naturaleza absolutamente diferente al sistema en el cual basaremos nuestra comparación.

2.2.1. ¿Por qué el *Common Law* abrazó un sistema diverso al Derecho Romano?

Se han escrito tratados abundantes sobre el *common law*, por lo que resumir su evolución y rasgos esenciales, resulta ser una hazaña algo titánica, es que se puede efectuar una comparación evolutiva, además se puede efectuar comparación de las instituciones sustantivas, comparación de los institutos procesales, comparación de la organización de los aparatos de justicia, de las fuentes vinculantes. Podría efectuarse un análisis comparativo del sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria desde el *common law*, dado que el propio concepto de propiedad, es diversa en aquel sistema.

Aun cuando la gran parte de Inglaterra fue territorio romano llamada como Britania y aun cuando hay autores que señalan que hay una similitud entre las características del Derecho romano clásico¹⁵, la formación del *Common Law* se remonta a la ocupación normanda por Guillermo el Conquistador, en el año 1066, tiempo para el que ya había caído el Imperio Romano de Occidente, que inclusive ya había perdido el territorio para el año 420 a causa de las invasiones de los Anglos, Jutes, Daneses y Sajones, llamados pueblos bárbaros, quienes formaron asentamientos tribales, cuyas costumbres locales, además, desplazaron el Derecho Romano, imponiendo un derecho consuetudinario de corte más tribal.

Los historiadores coinciden en que casi poco o nada se sabe del Derecho anterior a la conquista normanda, a excepción, de las leyes post conversión al cristianismo, por Aethelbert rey de Kent, allá por el año 600 y del rey danés Canute (1017-1035), las que estuvieron escritos en el idioma anglosajón (David, 2010, p. 212).

Berman (1996) discrepa de la postura precedente y más bien considera como un hecho lamentable que se pretenda separar la historia jurídica inglesa u norteamericana del panorama de los sistemas jurídicos occidentales por el mero fundamento del derecho común inglés, esto es, los derechos aplicados por Common Pleas y King's Bench, obviando considerar que a la época de instauración de tales tribunales, inclusive el derecho común inglés era tan similar al derecho real o ducal de Sicilia, Francia, Alemania y otras naciones europeas, además, pese a que Inglaterra también estuvo

¹⁵ Cuyas tesis parecen hallar sustento en la alta similitud entre los viejos institutos "Wright" inglés y la "Actio" romana, como refiere Pérez, Alvaro (2007, pp. 333-356)

bajo la esfera de la Iglesia católica romana y su sistema de derecho eclesiástico; apoyándose en Burke sentencia que “*las leyes de todas las naciones de Europa se derivan de las mismas fuentes*” (p. 28).

A pesar que Inglaterra conforme Berman señala mantuviera una tradición jurídica de la misma naturaleza a todo el occidente, la ocupación normanda sin duda le llevó hacia otro rumbo. Por ello David (2009) acierta en señalar que la feudalidad inglesa en la misma época pasó a ser absolutamente diferente que en Francia, Alemania o Italia, lo cual, en gran medida le dotó de un rasgo altamente militar y organizado, pues al fin y al cabo “*se trata de un ejército que acampa en Inglaterra*” (p.213).

La comuna ley o *common law* surgió precisamente con la conquista, como oposición a las costumbres locales, con la finalidad de ser aplicada a toda Inglaterra, lo que no sucedió de la noche a la mañana, sino de una manera progresiva, como obra exclusiva de las Cortes reales de justicia o las Cortes de Westminster, habiéndose destacado la Corte de la realeza (Exchequer), la Corte de litigios comunes (Common Pleas) y la Corte del Trono del Rey (King’s Bench) (David, 2010, p. 214).

El *common law* se consolidó más a partir del reinado de Enrique II, en cuyo contexto surgieron las denominadas *wrights* que consistían en una breve orden real de avocamiento dirigida al funcionario judicial (Pérez, 2007). El carácter repetitivo del nombre que se le otorgó a las peticiones que iban efectuando los justiciables a través del tiempo, esto es, la similitud del contenido de la petición y la relación de hechos con los anteriores, generó que con el tiempo los *Chancery* crearan fórmulas predispuestas acorde a la casuística del derecho común (*Common Law*), a tal punto que para el S. XII, los funcionarios ya no llenaban el contenido, sino que inclusive llenarían sólo la identidad y domicilio de las partes (Caenegy y Turner, citado por Pérez, 2007).

El protagonismo de la *wright* en el Derecho Inglés es tan preponderante que según señala Ajani (2010) llegó a influir de modo condicionante en la evolución de su derecho sustantivo con base en dos principios rectores expresados en: (a) *where there is no writ, there is no right* (donde no hay writ, no hay derecho) y (b) *remedies precede rights* (los remedios procesales preceden a los derechos). Entonces, el instituto de la

writ no fue sólo la base central de la creación del *common law*, sino que también, permitió mantener su más esencial rasgo durante muchos siglos hasta que fuera suprimido en la gran reforma de 1873-1875, para dar paso a un acto de citación más abstracta llamada *claim form*, que guarda cierta analogía a las demandas de los sistemas del *civil law* (p.80 y 85).

Las limitaciones y el condicionamiento que generó las *writ* fueron como señala David (2010) la esclerosis del *common law*, lo que frecuentemente era salvada por la regla de la *Equity*, que era una súplica directa al monarca a través de su Canciller, para que de manera excepcional corrija las injusticias de las cortes reales, lo que en un momento también fue ordinarizándose y hubiera llevado al Derecho inglés a ser parte de la familia romanista, sin embargo, por obra del mítico Juez Edward Cooke y su alianza con el parlamento (1616) llevó al retroceso de la última y la consolidación del *common law* (p. 221-223).

A través de la historia se ha caracterizado, entonces, por su harto formalismo, como ya ha sido referido, inclusive la *writ* fue un elemento condicionante del derecho sustantivo. La *claim form*, con el que se intentó flexibilizar (si no es abolirlas) fue suficiente como para hacer abandonar las formas de las acciones, circunstancia que le llevaría a Maitland (Citado por David, 2010) a aseverar que “*hemos abolido las formalidades de las acciones, pero nos gobiernan aún desde sus tumbas*” (p.219).

Acorde con Galgano (2000) el rasgo esencial del *common law* es que el derecho es de formación enteramente judicial (*judge made law*) a través de la **doctrina del precedente** y la regla más trascendental que la rige es la *stare decisis*¹⁶, que consiste en la vinculación del juez del caso concreto a las decisiones que sus antecesores emitieron sobre casos concretos y análogos a los que están juzgando. Como se aprecia, la doctrina del precedente relega la formación legislativa del derecho a un segundo plano, de modo que el derecho es de formación jurisprudencial, porque al seguir el precedente y no la Ley, es el juez quien hace el Derecho y no propiamente el legislador, extrayendo normas concretas a partir de la *ratio decidendi* con que se resolvió el caso anterior análogo (p.26).

¹⁶ Significa “respetar las cosas que han sido decididas” (Ajani, 2010, p. 77).

La formación jurisprudencial del derecho, conlleva, según acierta Ajani (2010) a una política legislativa particular por el cual, “*el juez elabora reglas estrictas, relativas al caso concreto con el que se encuentra, a diferencia del legislador, que con las leyes elabora principios generales y abstractos*” (p.77).

El derecho de constructo jurisprudencial es aclarado por Whittaker (2008) de modo que se presenta una paradoja interesante, pues a pesar que la Ley parlamentaria, por el principio de soberanía puede modificar el *common law* y, además, ostenta la cualidad de suprema, no obstante, el “*Common Law lo precede, pues configura el cuerpo normativo que reglamenta un conjunto de hechos en defecto de cualquier otro*” (p.42). De ese modo que la Ley incide en el derecho como un fenómeno aislado y complementario a la gama jurisprudencial que ostenta un poderío de legitimación consolidada, porque, además, el legislador elabora la Ley, recurriendo a los conceptos que previamente el *Common Law* ha tenido ocasión de desarrollarlo (p.43). El derecho alcanza su evolución en el papel creativo del Juez a través de sus propias grietas, eso sí, el Juez inglés, cuida mucho de no cruzar esa difusa línea que lo separa de las funciones parlamentarias, erigiéndose como el paradigma del autocontrol (p.45).

Desde la perspectiva de esta investigación, el rasgo que usualmente pasa desapercibido para la doctrina comparatista es que en el *common law* es bastante marcado el principio acusatorio, aunque en los últimos tiempos se ha flexibilizado un poco, de modo que el rol de las partes es de carácter contradictorio y la del juez, de cierta forma, pasiva, no hay iniciativas, ni impulsos de oficio. Las partes son los que proporcionan los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, así como el material jurisprudencial y legal; mientras que le corresponde al juez apreciar si los supuestos fácticos han sido acreditados y si la proposición formulada es correcta para ser acogida (Whittaker, 2008, p.47).

La teoría del precedente conlleva también a que la fuente primaria del Derecho sea la jurisprudencia, en segundo término, la ley, seguido por la costumbre, finalmente la doctrina y la razón (David, 2010, p.255). Algunas precisiones al respecto vienen de la mano de Orts (2000), quien sitúa al *common law* en primer orden, considera a la *equity*, para recién mencionar la legislación o los *Acts of Parliament* o *Statutes* en tercer orden como fuentes del Derecho (p. 264 y 269).

La regla del precedente en el fondo, otorga una posición preeminente al Juez del *common law* en la estructura del poder, que se ejerce en realidad no de manera cerrada y apegada a la *ratio decidendi* o la *obiter dicta* del caso anterior, sino que en palabras de Whittaker (2008):

Los jueces no procuran simplemente seguir la *ratio decidendi* de los casos o ser convencidos por el *obiter dicta* de jueces anteriores. Por el contrario, ellos intentan comprometerse con los diversos enfoques, técnicas, principios y consideraciones descubiertas en los litigios previos y evaluar sus argumentos de fondo. De este modo, el proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al *stare decisis* y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí (p.77).

La decisión judicial respecto a un caso anterior, de acuerdo con la estructura del aparato judicial inglés, puede perder su cualidad de precedente de varias maneras: (i) *reversing* o revocación vía apelación, (ii) *overruling* o denegatorio superior de una decisión inferior recaída en un caso posterior, (iii) *distinguishing*, por el cual, un caso posterior es juzgada como distinta en su *ratio decidendi* y (iv) *disapproving* entendida como la imposibilidad de la revocatoria de un caso anterior por ausencia de analogía de la *ratio decidendi*, pero se efectúa comentarios marginales (*obiter dicta*) desaprobatorios al caso (p.273)

Un consolidado de los rasgos de la dicotomía es presentada por Zweigert/Kötz (citados por De Eizaguirre, 2012), de modo que:

El Common Law inglés se ha desarrollado de decisión en decisión mediante una paulatina tradición creciente: conforme a su origen histórico no es Derecho legal, sino Derecho de casos. Por el contrario, desde la recepción del Derecho romano en el continente la vía ha evolucionado de la interpretación del *Corpus Iuris* justiniano a la normativa abstracta de los códigos nacionales. Así la ciencia del Common Law es en su origen forense, la continental escolástica. Los grandes juristas eran en Inglaterra jueces, en el continente, profesores. La interpretación averigua en el continente lo que la norma –también respecto de problemas imprevistos– quería establecer, la declaración de la ciencia jurídica en Inglaterra y

Estados Unidos es una profecía de lo que el juez hará basándose en los precedentes. Es obvio que tales diferencias de estilo se proyectan en toda la vida jurídica. Aquí razonamiento abstracto en instituciones, allí razonamiento casuístico concreto, un pensamiento en relaciones (Rights and duties). Aquí durante largo tiempo la creencia en la ausencia de lagunas del sistema jurídico, allí el tanteo de sentencia en sentencia. Aquí predisposición al sistema por parte de la ciencia, allí profundo escepticismo contra cualquier generalización árida. Aquí operativa con conceptos, que frecuentemente despliegan una peligrosa vida propia, allí visiones simbólicas, etc. (p.536).

El sistema *common law* con ciertas excepciones rige casi en la totalidad de naciones que fueron colonia inglesa que fue el mayor imperio jamás visto en la historia, habiendo alcanzado en algún momento de la historia el 22% del territorio mundial y el 20% de la población mundial. En el planisferio de Galgano (2000) se considera como naciones en los que rigen éste sistema a: Canadá (con excepción de Quebec), Estados Unidos (con excepción de Lousiana), Panamá, Guyana, Puerto Rico, Malta, Chipre, Gran Bretaña, Irlanda, Gambia, Sierra Leona, Liberia, Ghana, Sudáfrica, Lezhoto, Swazilandia, Tanzania, Kenia, Uganda, Sudán, Pakistan, India, Nepal, Banladesh, Butan, Birmania, Malasia, Brunei, Australia, Papúa, Nueva Guinea, Islas Salomón y Nueva Zelanda (pp. 27, 33 y 48).

Valga la aclaración que a pesar de compartir el sistema del precedente existen variantes y particularidades por naciones o continentes, es el caso, por ejemplo, del sistema norteamericano que es considerado una variante muy acentuada e importante, así como también los sistemas asiáticos.

2.3. FORMACIÓN DEL SISTEMA ROMANO-GERMÁNICO

Comprender la evolución del sistema no podría pasar sin el auxilio de la historia. Es que como ya hace un siglo medio Hugo (1850) sostuvo: “*la historia forma la mitad de la parte científica del derecho*”, en tanto ostenta aptitud para advertir de sus vicisitudes, pero, esencialmente para explicitar la génesis de las verdades positivas del derecho a pesar de no serlo (p. 5).

Haremos referencia sólo a los eventos más importantes en la evolución del sistema, sobre todo, porque como se ha aseverado en líneas anteriores, las instituciones jurídicas, políticas y académicas de la modernidad, tal como lo conocemos hoy se gestaron recién desde los años 1050 en adelante; es decir, toda la organización del Estado, los ordenamientos jurídicos, universidades, etc. surgieron recién con la revolución papal, aunque no se puede negar que las nociones jurídicas vienen del viejo derecho romano.

2.3.1. Del Derecho Romano y de su supervivencia a la caída del imperio.

Sería muy prometedor y osado hablar de los orígenes del sistema, porque como aconseja Berman (1996), debemos “*tener clara consciencia del peligro de hablar acerca de los ‘orígenes’*”, en cualquier punto histórico que se pretenda iniciar, ésta será la sucesión de eventos anteriores, a su vez, otras antes de éstas, porque, como ya decíamos, no hay nada nuevo bajo el sol¹⁷; por ello que hay que fijar limitaciones “arbitrariamente”¹⁸, como insistieran Pollock y Maitland “*hay que desgarrar la red*” (p. 59).

El Derecho romano ha servido para fundamentar la investigación comparativa tanto para la perspectiva racional como para la tradicional, la primera entendida como el carácter preestablecido de la legalidad y la segunda entendida como el carácter sacro de las tradiciones y su validez desde siempre. El derecho romano ha servido para promover operaciones culturales, desde el redescubrimiento del *Corpus Iuris* justiniano en el alba del bajo medioevo, pasando por el iluminismo, hasta la formación del nuevo derecho común europeo (Somma, 2016, pp. 115-124).

Como hemos indicado, Burke (citado por Berman, 1996, p.28) afirmó que “*Las leyes de todas las naciones de Europa provienen de las mismas fuentes*” y quizás por eso la delimitación arbitraria que se acostumbra fijar la atención respecto al origen del sistema jurídico occidental en la antigua civilización romana, porque esta, a través del

¹⁷ El más vigente historiador afirma “(...) si consideramos el panorama general, la transición desde muchas culturas pequeñas a unas pocas culturas grandes y, finalmente, a una única sociedad global ha sido probablemente un resultado inevitable de la dinámica de la historia humana” (Harari, 2014, p. 223)

¹⁸ La historia también ostenta sus propios límites, especialmente la del derecho ostenta una doble dimensión exterior e interior, tal como apoyándose en Pascal lo explica Hugo (1850, *ibíd.*)

Derecho como señala el genial Ihering (2001) ha trascendido a su desaparición, en tanto, la importancia del derecho romano para las civilizaciones, no es sólo haber sido la fuente u origen del derecho, sino, sobre todo, en haber revolucionado profundamente las concepciones jurídicas, pero también en cuanto a su universalidad, al igual que el cristianismo, se ha erigido como un elemento de la civilización moderna (p.2). Agrega que:

“[E]n el fondo como en la forma, todas las legislaciones modernas se basan en el derecho romano. (...) Nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, en una palabra, son romanos; si se puede llamar romano a una cosa de una verdad universal...” (Ihering, 2001, p. 10).

Es verdad que una de las partes más importantes de la historia de los pueblos, es la historia de su derecho, hay conciencia de estudiarla, pero es especialmente de mayor trascendencia la necesidad de análisis del derecho romano en cuanto a los pueblos antiguos y el del derecho germánico entre el de los pueblos modernos (Hugo, 1850, p.6)

Son diversos los criterios para distribuir las fases históricas del viejo Derecho Romano, a pesar de ello, el mayor consenso está en que tiene tres épocas muy marcadas. Según Kunkel (1985), la **época arcaica** en la cual germinó la tan invocada Ley de las XII Tablas, abarcó hasta la mitad del siglo III a.C., luego el **Derecho Romano Imperial o de apogeo**, hasta el siglo III d.C. en el cual se puede resaltar el *ius Gentium*, el Derecho de juristas, la extensa producción literaria dividida en época clásica alta y tardía; **el Derecho Romano tardío** en el cual se desarrolla la ciencia jurídica postclásica, predomina el Derecho vulgar, se verifican intentos de codificación del Derecho Romano en los imperios germánicos establecidos en suelo romano occidental, específicamente, los imperios visigodos emitieron el *Edictum Theodorici*, *Codex Euricianus*, la *Ley Romana Visigothorum*, *Ley Romana Burgundionum*¹⁹, y es en esta

¹⁹ Se refiere al rey visigodo Teodorico II, más no a Teodorico el Grande. El Codex Euricianus que en un principio estuvo pensado para los godos, más no para la población propiamente romana, su contenido es más romano que germano, además, tuvo notable influencia en los Derechos francos, borgoñones, alemanes y bávaros, una suerte de intermediario entre el Derecho romano vulgar y el mundo germánico de la Alta Edad Media (Kunkel, pp. 167-168).

época tardía que finalmente se logró la magna codificación justiniana compuesto por Digestos y Novelas.

De la explicación global que nos ofrece el autor, es que el Derecho Romano sobrevivió en occidente y oriente, pues la caída del imperio no significó la pulverización de tan logrado aporte, la caída significó sólo el declive político, pero el espíritu romano sobrevivió a través del Derecho que estaba impregnada en la práctica cotidiana de los ciudadanos. Sin embargo, eso no significa que se mantuvo inalterable, por lo contrario, como quiera que “todo cambia”, el devenir es la única constante, como más adelante veremos, el Derecho Romano sufrió una profunda simbiosis con el Derecho de los pueblos germánicos (los *folklaw*), cuyo resultado es lo que conocemos como el Derecho Romano-Germánico.

En cambio Petit (1985) divide en cuatro períodos la formación del Derecho romano, partiendo desde la fundación de Roma hasta la Ley de las XII Tablas (1 a 304 del año de Roma), luego el que va hasta el fin de la República (304 a 723 de Roma), del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, o 235 d.C.) y el último período hasta la muerte de Justiniano (225-565 d.C.) (p.33). A pesar de la existencia de divergencia en la posición, queda claro que las XII tablas significa un hito en la evolución del Derecho Romano. Es verdad que Petit no considera en su clasificación el Derecho posterior a la caída militar y política de aquella civilización icónica.

Ourliac y De Malafosse (1960) por su parte dividen al Derecho Romano en: (a) Arcaico, en el que prevalece el formalismo y la *Stipulatio*, los juramentos, promesas, es decir, un alto sentido consensualista. (b) Clásico, marcado por el pragmatismo, el uso de técnicas y (c) el del Bajo Imperio, en el que prevalece el dogmatismo, aparece la diferenciación del Derecho culto y el Derecho vulgar (pp. 75-139).

Bonfante (1944) en cambio utiliza otro criterio, el cual, sin descuidar el aspecto cronológico, parte desde el lado sustancial —mayor énfasis en su rasgo esencial—. En efecto, el autor cataloga como primera fase el *Ius Quiritium*, asociada a la fundación de Roma y las XII tablas; luego el *Ius Gentium*, asociada a la expansión de Roma en Italia y la comunión de ciudadanos romanos con los extranjeros (desde la república hasta el apogeo del imperio); finalmente, nos habla del Derecho romano-helénico, que

coincide con la decadencia del imperio, el período de la monarquía absoluta, los sistemas de Diocleciano y Constantino, las codificaciones, que se coronaría con la obra de Justiniano.

Como se sabe el Derecho Romano pervivió a la caída del imperio romano del occidente, por varios factores, el principal es que imperio romano de oriente siguió influenciando culturalmente en el ámbito europeo a pesar de haber sido invadido por los pueblos bárbaros, no es casual que Justiniano haya formulado el *Corpus Iuris* en oriente y se haya estudiado a profundidad en el occidente, luego, porque la fuerza Derecho Romano no fue doblegada por un espíritu con fuerza normativa superior, dado que los invasores detentaban en esencia costumbres tribales y por ende dispersas y tercero, el Derecho Romano para sostenerse encontró un aliado espiritual muy poderoso en el cristianismo, que también fue la religión oficial del imperio antes de su caída.

De la mano de esos factores, se puede decir que los bárbaros invadieron los territorios romanos, pero luego conservaron el Derecho Romano para los habitantes del lugar, comenzando así la coexistencia del derecho tribal, germánico o *folklaw*, para finalmente llegar a una simbiosis y gestar un nuevo orden jurídico en el que prevaleció el Derecho Romano.

Acierta al respecto Bernal (2010) en cuanto aprecia que los invasores bárbaros encontraron una civilización que, a pesar de su ocaso, era más avanzada, de modo que se produjo un choque y posterior fusión cultural tremendo, que no encontró mejor salida que la convivencia de sus antiguos derechos para cada pueblo, sobreviviendo al final el Derecho Romano, en su versión vulgarizada a través de las *leges romanae barbarorum* o códigos romano-bárbaros o romano-germánicos, siendo las más conocidas: (a) la *Lex romanavisigothorum* o *Breviario de Alarico* (506 d.C.), promulgada por el rey Alarico para los súbditos galo-romanos; b) la *Lex Romana burgundiorum* (516 d.C.) cuyo nombre también es el *Liber Papiensis* y; c) el Edicto de Teodorico (principios del S. VI) . En general, todas aquellas codificaciones no son sino recopilaciones —a veces literales— de ciertos fragmentos de los códigos prejustinianos privados Hermogeniano y Gregoriano, las institutas de Gayo y Paulo. El edicto de Teodorico rigió para todos los habitantes, aplicándose por el principio de

territorialidad a diferencia de los anteriores que se regían por el principio de la personalidad (p. 85-87).

Berman (1996) está de acuerdo en que “*el derecho germánico aportó un fundamento necesario a la nueva tradición jurídica que la sustituyó*” (p.61). Él señala que el derecho tribal local prevaleció en un principio en la Europa Septentrional y occidental, es el caso, que entre otros pueblos, los borgoñeses, francos, lombardos, alemanes, frisios, visigodos, otrogodos, vándalos, suevos, formarían el Imperio franco, luego los daneses, noruegos y normandos, los pictos, magiares y eslavos, todos ellos en general, a pesar de su independencia tenían un orden jurídico similar, fundado en la familia, la camaradería, juramentos de protección y servicio. En caso de violación de la paz por un extraño regía la represalia vía *blood feud* y la celebración de asambleas públicas (*moots*) para atender y decidir disputas y las ordalías (p. 62-67).

Los visigodos con su derecho tribal, pero grandes receptores del derecho romano, con la confección de los ya mencionados Breviario de Alarico, el Edicto de Teodorico, con el Código Eurico, los Capítulos Gaudencinos, la Ley Teudis, Código de Leovigildo y el *Liber Iudiciorum*, jugaron un papel especial sobre la formación del orden jurídico medieval de España, que de cierta forma lo trajo después a sus colonias latinoamericanas. En otro ámbito de la Europa medieval, los francos desarrollaron el Derecho Carolingio en lo que un tiempo fue las Galias, cuyos reyes convertidos al cristianismo romanizarían los pueblos conquistados²⁰, siendo el imperio más importante, germinando con su extinción Francia, Alemania e Italia (Bernal, 2010, p. 88 y 91).

²⁰ El rol activo y determinante que jugó la iglesia es explicada por Tamayo (2016): “Cuando fuertes vínculos unen el norte de Europa con Roma, Roma era la Roma Eclesiástica; para las comunidades de entonces, ésta era la que había absorbido a la antigua Roma. A partir del siglo VIII, es el papado quien actúa como transmisor del “derecho romano” y de las máximas romanas de gobierno. La alianza de los francos con el papado, no fue sólo fundamental para trazar el mapa de Europa, sino como condición indispensable para que el “derecho romano” moldeara el gobierno medieval. En esta coyuntura, los clérigos devinieron propagadores del “derecho romano”. Ésta era particularmente importante en las regiones en las cuales la iglesia poseía enormes extensiones como en Galia. Estas posesiones fueron enclaves que irradiaban “derecho romano” a las regiones vecinas. Los clérigos prepararon el terreno para una posterior penetración, más sistemática, del “derecho romano”. A fines del siglo VI, el tiempo era propicio para que Europa recibiera las ideas e instituciones romanas, la iglesia propaga el “derecho romano”, se comportaban de acuerdo con él. Desde entonces, surge el principio: “*ecclesia vivit iure romano*”” (p. 123).

2.3.2. De la formación del *Ius commune* europeo medieval

Broggini sostiene que la renovación del imperio romano instaurado por Carlomagno, prosiguió a la derrota del islam, convirtiéndose la historia del derecho romano, en la historia del derecho europeo, inclusive del derecho inglés que asimiló los valores del derecho romano clásico; la alusión a la romanística está orientada a la supresión del pluralismo cultural (Somma, 2016, p. 158-159).

Sobre la base de la herencia cultural romana, la alianza del imperio carolingio y el cristianismo se erigió en la edad media como un fenómeno unificador, pues, como Berman (1996) aclara, fueron factores dinámicos en el desarrollo de las instituciones jurídicas, fundamentalmente con la superación de la concepción extravagante del derecho, para ser reemplazada por normas más “racionales”. La influencia del cristianismo fue decisiva tanto que si del derecho consuetudinario germánico y del derecho romano, se borrarán sus huellas, volverían al derecho arcaico (pp. 76, 77 y 93).

Las grandes transformaciones en la historia de occidente han sido gestadas a través de revoluciones, piénsese en la revolución inglesa, la revolución francesa, rusa y la americana, todas ellas violentas y con consecuencias en todos los ámbitos (económicos, sociales, culturales, políticos, institucionales, etc.) sin punto de retorno, pero está la revolución un poco descuidada por la historia, la revolución papal o conocida como la *Reformatio* del Papa Gregorio VII o simplemente la Reforma gregoriana (año 1075 a 1122).

El cristianismo organizado en la iglesia y el derecho romano vulgar hallaron una influencia recíproca y dual, de cuyo fenómeno surgió una nueva organización del derecho, evidentemente, porque las funciones públicas con competencias sobre la vida ordinaria y civil (secular) habían sido asumidas por los clérigos, quienes a su vez eran hombres versados en “derecho romano”, inclusive detentaban competencias notariales (*tabelliones*), desde cuya posición jugaron un papel concluyente en su difusión, se dice, que hasta es probable que ellos habrían compilado y producido formularios jurídicos recogiendo fórmulas del derecho romano (Tamayo, 2016, p. 123).

El más convencido defensor respecto a que la formación de toda la tradición jurídica de occidente es una acreencia atribuible a la *Reforma* gregoriana es Berman (1996), puesto que la considera una revolución del mismo nivel que las más conocidas. Su tesis encuentra sustento en que, a su consideración, la *Reforma*, de manera violenta trajo un cambio fundamental, rápido y duradero, en toda la estructura del sistema social en su conjunto (p. 29)

Ciertamente la *Reforma gregoriana* gestó un cambio institucional y, especialmente, adquirió un enorme poder económico, porque la iglesia pasó a ser un modelo de organización (es el modelo del que deviene la organización del Estado moderno occidental), con una legislación unitaria y centralista, siguiendo, sobre todo el Derecho Romano, estructuró su organización de tal modo que hubo jerarquías administrativas, órganos de legislación y órganos judiciales. Aunque los cambios más trascendentales vendrían a nivel cultural y social, primero con la masificación de un pensamiento único por todo el continente europeo, la fundación de las primeras universidades con ellas el nacimiento burocrático del derecho y la filosofía como disciplinas. En síntesis, si la *Reforma* fue un cambio estructural que abarcó todos los ámbitos de la época, sin duda, el origen de la tradición jurídica occidental está allí.

Justamente Berman (1996) afirma que antes de la *Reforma* se carecía de escuelas de derecho que dotaran de una concepción del derecho como “conjunto” de reglas y conceptos (95). Obviamente tal fenómeno no fue una casualidad, sino mas bien la consecuencia de la búsqueda de fórmulas legales que dotaran de autoridad al Papa Gregorio VII, por sobre el poder secular de los emperadores; se decretó, por ejemplo, que, los obispos quienes antes estaban supeditados al poder imperial local, en adelante tenían que ser ungidos por él, subordinándose a su autoridad en lugar de la autoridad secular. El clero se autoproclamó inclusive competente para juzgar las cuestiones civiles, a través del tribunal papal o tribunal de toda la cristiandad, volcándose como “juez ordinario de todas las personas”, de modo que no sólo gobernaría en cuestiones de fe y moral, sino también en cuestiones civiles como la herencia y el matrimonio; especialmente, ejerció “*los poderes legislativo, administrativo y judicial de un Estado moderno*”, además, “*adhirió a un sistema racional de jurisprudencia: el derecho canónico*”. En este punto de la historia también se localiza la *summa divissio* entre las

jurisdicciones espirituales y locales que es el rasgo esencial de la tradición jurídica occidental (p.95, 109 y 124).

Sobre la enseñanza del Derecho en Europa post reforma, Coing revela que sus métodos y contenidos, fueron idénticas en todas sus universidades, siguiendo el plan de estudios que se instauró en Bolonia, homogeneidad que se mantuvo hasta la mitad del S. XVI. Pues inclusive el objeto de enseñanza redundaba a ello en tanto únicamente se estudiaban el *Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonici*, utilizando el método didáctico de tipo escolástico (tesis, argumentos *pro* y *contra*, *solutio*) (Ajani, 2010, p. 246).

No cabe duda que la *Reforma* al instaurar las primeras universidades europeas, siendo la más reconocida la universidad de Bolonia, con su escuela de derecho, forjó el derecho como prototipo de la ciencia occidental por la aplicación del método escolástico²¹ de análisis y síntesis, con especial énfasis en el derecho romano. De la mano de éste fenómeno también nació el derecho canónico, el cual es considerado el primer sistema jurídico occidental moderno y “*retoño del derecho romano de Justiniano*” porque el *Corpus Iuris Canonici* no fue más que una réplica actualizada del *Corpus Iuris Civilis*, pero cuyo mayor mérito fue justamente positivizar sus instituciones que no regían en occidente, considerada ésta inmutable y acabada, mientras que el canónico en constante desarrollo²². El Derecho Canónico, tenía importantes elementos estructurales referido a matrimonio, herencia, propiedad, contratos y procedimientos. Como efecto espejo también se desarrolló el derecho secular, igualmente sobre las bases de las teorías de los juristas romanos y canónicos (Berman, 1996, pp. 130, 211, 216, 237).

Acorde con Bernal (2010), en la baja edad media se desarrollaron los rasgos esenciales del Derecho de Alemania, Francia, España e Italia. El primero con el proyecto del Sacro Imperio Romano-Germánico, pasando en el aspecto procesal de pruebas por

²¹ La referencia a la escolástica es imprescindible puesto que, como en los capítulos posteriores se desarrollará, la teoría del título y modo romano, fue el resultado de la abstracción bajo este método.

²² “NO cabe duda que los hombres del siglo XII no tienen una clara distinción entre derecho canónico y derecho romano; uno y otro derecho, *utrumque ius*, gozan del mismo prestigio, que deben al recuerdo asociado de Roma y de los emperadores cristianos. Se les compara a dos ríos cuyos canales se entrecruzan a menudo. Si bien los canonistas, después de Graciano afirman la supremacía de su derecho, los Papas admiten a menudo que las reglas romanas están ‘canonizadas’” (Orliac y De Malafosse, 1960, p. 179)

ordalía a procesos formales por directa influencia de las nacientes universidades. Como ya se ha precisado, fue en el reino franco donde se conservaron importantes producciones del imperio romano, así, el Código Teodosiano, las *Instituciones* de Gayo, junto a los textos de Derecho de Justiniano y el *Breviario de Alarico*. Mientras que, en España, destacan las producciones de Alfonso X, con el nombre de la *Siete Partidas* que en buena cuenta no es sino, la recepción del naciente *ius commune* o derecho en su versión canónica. Finalmente, en Italia, si bien después de la caída del imperio de occidente, se atestiguó la decadencia del derecho, eso cambiaría con la reconquista por el Imperio Bizantino y con la posterior fundación de la primera universidad del mundo (pp. 95-98).

Parece ser que el Derecho eurocontinental es hallada enteramente en la Edad Media, por ello, es un acierto de Tomás (1979) que el Derecho europeo, se retrotrae al comienzo del siglo XII y ese enlace está bien explicado en una sofisticada publicación dirigida por Helmut Coing y el Max Planck-Institut en 1973. La exploración histórica del Derecho medieval revela la deliberada y metodológica superación de la histórica tensión del "romanismo versus germanismo" (p. 35).

La influencia de la universidad de Bolonia fue definitiva para el nacimiento del *ius commune* europeo²³, por la asistencia masiva de jóvenes de diversas naciones de la Europa de entonces (francos, alemanes, españoles, provenzales, picardos, etc) quienes estudiaban los textos de la compilación de Justiniano, consistentes en *Pandectas*, *Institutas*, *Novelas* y *Digestos*, los que fueron descubiertos por Guarnerio o Irnerio. Obviamente, aquellos estudiantes constituyeron el elemento de replicación del pensamiento jurídico en sus propias naciones, trasplantándose así el modelo a casi todas las ciudades más importantes de Europa, prevaleciendo la *glosa* del cual nacieron

²³ “Éste es el elemento histórico considerado habitualmente como decisivo para la unidad de la familia de derechos romano-germánicos.

La recepción del derecho romano consistió en el estudio y la aplicación del derecho romano tal como constaba en la compilación elaborada por iniciativa del Emperador Justiniano (siglo VI d. C.) que, más tarde, fue conocida como *Corpus Juris Civilis*. El conjunto estaba formado por cuatro partes: Digesto (o Pandectas), Institutas, Código y Novelas. Su estudio se hizo, desde finales del siglo XI, en diversas universidades europeas (la primera de las cuales fue la de Bolonia), dando origen a glosas y comentarios cuya autoridad llegó a situarse por encima de los textos romanos originales” (Ferreira, 2018, p. 60).

los glosadores y los post glosadores, así como el método escolástico orientada estrictamente a llenar lagunas y resolver contradicciones (Berman pp. 135-140).

Como se sabe el método escolástico privilegió el pensamiento aristotélico, la referencia a aquello fue necesario, porque como más adelante se referirá la creación del título y modo, justamente surgió como consecuencia de la yuxtaposición de ambos fenómenos cognoscitivos, la escolástica, la aristotélica, ambas orientadas a la abstracción de los casos concretos de transferencia de bienes practicados en el Derecho Romano y señalados en el *Corpus Iuris Civilis*.

El *ius commune*²⁴ no fue sino el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano y el *Corpus Iuris Canonici* fusionados e interpretados por los glosadores, post glosadores, decretistas, decretalistas con el auspicio de las universidades medievales, erigiéndose como la matriz del sistema jurídico eurocontinental. Su consolidación también vendría gracias al apoyo político de los emperadores, quienes también por una cuestión estratégica y sobre todo por evocar legitimidad en la sucesión del legado imperial romano lo promovieron (Bernal, 2010, pp. 129 y 130)

Agrega Martínez (2011) que el estudio del Digesto patrocinada por las universidades, hacia el siglo XV, derivó “*en la creación de una base común de cultura jurídica en Europa que confluyó a finales del siglo XVII con la filosofía racionalista que antecedió la Revolución Francesa y la ideología de la codificación*” (p. 32).

Sobre la transición del *ius commune* de la baja edad media hacía el derecho privado europeo de la edad moderna, Wieacker (2000) orienta que el ambiente académico europeo de la baja Edad Media tendió no sólo a convertir el Derecho justiniano en el *ius commune*, sino también fueron elevándolo a cualidad de ciencia²⁵ (p.54). Considera

²⁴ “(...) en la Europa continental occidental la realidad consistente del Derecho romano, sistema jurídico común que integró aportes de la elaboración doctrinal y del Derecho canónico, de usos y de leyes locales y sectoriales, se expande nuevamente contra el particularismo jurídico y los demás residuos del feudalismo. Sin embargo, esa realidad se enfrenta con el nuevo particularismo de los Estados-Nación, que afirman, pero también cierran la unidad jurídica (...)” (Schipani, 2010, p.54)

²⁵ Es importante tomar nota respecto a que “Esta caracterización es válida, sobre todo, para el Derecho de Europa desde el renacimiento de los estudios del Derecho romano en Bolonia a partir del siglo XII; a lo que hay que añadir el Derecho canónico y algunos elementos de Derecho germánico que han hecho de este Derecho romano modernizado el verdadero Derecho común europeo que domina la Baja Edad Media y perdura hasta el siglo XVI”. (Feenstra, 1975, p. 606)

que ella propiamente podría haber sido la génesis de la transición hacia el Derecho privado europeo de la edad moderna.

La fase de transición estuvo marcada por varios factores, la filosofía renacentista (1450-1600) que supuso la liberación del poder eclesiástico y del poder *Reich*, evento que obedeció a diversos factores, esencialmente el avance de las ciencias, el cisma de la Iglesia católica por el protestantismo luterano y calvinista, el racionalismo cartesiano, el descubrimiento del nuevo mundo, el naciente capitalismo burgués, la aparición de la imprenta, los grandes avances científicos y tecnológicos desde Galileo, Copérnico y Kepler hasta Newton. En ésta época, se atestiguó el cuestionamiento al origen divino de la autoridad política, así como también aparece el humanismo francés en la disputa del *mos italicus* y *mos gallicus*, la escuela holandesa de la jurisprudencia elegante bajo la cabeza de Hugo Grocio, que luego llevaría al *usus modernus pandectarum* (*UMP*) especialmente en Alemania con Heineccius y Leibnitz, romanistas ambos, con la particularidad de naturalista el segundo. La ideología del *UMP* tuvo vasta influencia hasta el s. XIX y fue la antecesora de lo que después sería una de las más grandes escuelas de interpretación de mundo europeo, la Escuela Histórica del Derecho (Cfr. Bernal, 2010, p. 135-142, 161).

Los aportes de Grocio, Thomasius y Pufendorf al Derecho y a la evolución del *Civil Law* fueron demasiado relevantes²⁶, no sólo porque gestaron el *usus modernus pandectarum*, sino también porque sobre la base de sus postulados es que se construyó y dio vida a todo el marco del consensualismo, categoría que reviste relevancia en el giro copernicano del rol de la traditio romana en el sistema de transferencia de dominio. Por ello, con justa razón, es considerado el fundador del Derecho privado europeo.

Por demás, añade Wieacker (2000, p. 178) que el *UMP*, se caracteriza por que su objeto ya no es la glosa al *Corpus* sino la práctica moderna del Derecho común, además, que constituye la “(...) rica y polifacética época de la transición entre la jurisprudencia de la baja Edad Media y la revolución intelectual del moderno Derecho racionalista y de

²⁶ Aunque se ha dicho que “Grocio no surgió de la nada, pues se desenvuelve en un medio de rica cultura jurídica que se desarrolla sin ruptura sobre la tradición medieval . . . Y, sin embargo, al considerar la forma en la que Grocio expresa esta concepción tradicional, se descubre en él un estilo nuevo” (Villey, citado por Feenstra, 1975, p. 621)

la ilustración (...)”. El Derecho de la razón que va desde el año 1600 a 1800, nacida de las influencias directas del racionalismo cartesiano, con Domat en Francia y Heinecius en Alemania y el desarrollo de la ciencia moderna, conllevó finalmente a la oleada de codificaciones iusnaturalistas, precedidas de una alianza espontánea con el movimiento de la ilustración²⁷(p. 205).

Bernal (2010) coincide en que Grocio, Hobbes (1651), Pufendorff (1672), Wolf (1748), Heinecio (1774), Looke (1689), Voltaire (1756), Rousseau (1762), Leibniz (1684) y otros, fueron las grandes luminarias del iusnaturalismo racionalista, cuyos estudios desembocaron a otorgarle una mayor connotación a los códigos, entendidos como una nueva forma de organización del derecho, distinto a los anteriores que eran agrupaciones meramente cronológicas, ahora se pretendía efectuar por especialidades con una visión totalizadora y universal, inclusive para el futuro, proceso que fue acompañado también por el proceso del constitucionalismo escrito (p.163 y 164).

Los cultores del derecho romano coadyuvan en la consolidación del Estado pre-moderno, con tareas de árbitro, además, se enfocan en la construcción de una Europa continental, pero después, entrado el iluminismo, cambian de bando en conservación de las estructuras. Paralelamente surgió el derecho iusnaturalista o racionalista que promueve la concentración del poder de creación del derecho en las manos del soberano, aquellos ya no requieren legitimación en el *Corpus iuris* justiniano (Somma, 2016, pp. 119-120).

Valga aclarar que la referencia al proceso codificador europeo, no significa que antes no existieran códigos, por lo contrario, como se verá, existieron códigos inclusive desde la edad media, sino que se trató de una codificación con diferente naturaleza, especialmente porque fue efectuada en el ámbito secular y más bien con una vocación racionalista. De hecho, ya Dinamarca (1683) y Suecia (1734) se habían adelantado en dotar de códigos a sus naciones. Wieacker (2000) señala que la visión del nuevo fenómeno era otorgar códigos para un futuro mejor y éstas codificaciones comenzaron con Código de Derecho Privado de Baviera, en 1751 se concluyó el *Codex iuris bavarici criminalis*, en 1753 el *Codex iuris Bavarici iudicialis* y en 1756 el *Codex*

²⁷ Una muestra es que, por encargo del patriota alemán el joven Leibniz gestó el plan codificador llamado el *Corpus iuris reconcinnatum* (1672) (Wieacker, 2000, p. 304)

Maximilianus bavaricus civilis. En Prusia luego, se publicó en 1783 la primera ordenanza hipotecaria y la ordenanza judicial en 1793²⁸, siendo la primera el modelo sobre el que se desarrolló el tan mentado Derecho Inmobiliario Alemán y, finalmente en 1794 el Derecho Territorial General (A. L. R.) (pp. 305-311).

Es difícil citar cada una de códigos de la oleada, pero resulta necesario precisar que como lo más relevante y el código más exitoso del siglo aquél, gracias a los aportes dogmáticos de Jean Domat (1625-1692) y Robert Pothier (1699-1772), se erigió el Código Civil Francés, el Código Napoleónico, o simplemente el *Code*; aunque en verdad fueron varios Códigos, el *Code de Commerce* (1806), *Code de procédure*, el *Code penal* (1810). Todos aquellos códigos en conjunto, son, después del *corpus iuris*, sobre los que descansa la cultura jurídica del mundo en su mayor parte, especialmente sobre los sistemas de origen latino; por citar algunos, Italia, España, Portugal, Estados iberoamericanos, Lousiana, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Rumania, Egipto. Pues se trataron de códigos de muy elevado rango, riguroso y diáfano en su construcción (Wieacker, 2000, pp. 324-330).

Ya instaurada la revolución y efectuada la división de poderes, en el derecho privado, el Estado es limitado a ser árbitro, para cuyo propósito se llevan a cabo intervenciones normativas, acudiendo a la obra de Justiniano, adaptándola a la sociedad de su tiempo, confluyendo a forjar un Código único, cuya enseñanza fue dispuesta que sea comparándola con las leyes romanas, consideradas racionales por constituir la síntesis de la sabiduría de dos pueblos tan sabios como los griegos y romanos (Somma, 2016, p. 122-123)

El conjunto de los Códigos napoleónicos significó el triunfo de la Burguesía sobre el antiguo régimen, además, logró la unificación del Estado liberal burgués, eso sin mencionar que como consecuencia de la invasión napoleónica de casi toda Europa, ejerció influencia en los procesos codificadores, con excepción de Alemania como el

²⁸ “Sin lugar a dudas Prusia era para esos tiempos el ejemplo más insigne de una legislación Registral moderna. Federico II había dado su célebre Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 con la que organizó el sistema cuyas bases habían sido establecidas ya por la Ordenanza Hipotecaria de 1722” (Rossel, 2009, p. x).

bastión de resistencia cultural bajo el liderazgo intelectual del gran Savigny y su doctrina de la Escuela Histórica del Derecho (Bernal, 2010, pp. 188-189).

Sobre el fenómeno codificador que inicia con el *Code*, la agudeza de Grossi (2010) plantea un panorama diferente, está de acuerdo en que la madurez de la ilustración jurídica y la revolución misma, fueron factores contextuales que le permitieron situarse como la portada de ese fenómeno imparable. Aprecia que significó el tránsito del iusnaturalismo al iuspositivismo, se aúna a las voces unísonas que el *Code* significó la abrupta ruptura con las fuentes del *ancien droit* (pp. 56-70)

El fenómeno intelectual de la Escuela Histórica del Derecho, fue el otro factor determinante en la formación del Civil Law. Éste movimiento significó la contención del avance del iusnaturalismo racionalista especialmente en el círculo intelectual alemán. Wieacker (2000) explica que la codificación del iluminismo paradójicamente lejos de encumbrarla la socavó porque significó el absolutismo del legislador, hecho que en Alemania condujo a la rápida decadencia de la soberanía de la Ley que significaba el monopolio del Estado de todo futuro Derecho natural, prevaleció más bien la proyección hacia un Derecho justo, de la conciencia histórica y científica del Derecho. En esto fue determinante la pugna entre Thibaut y Savigny acerca de la “*Vocación de la época para la legislación y la ciencia*”, habiéndose impuesto la Escuela histórica de Savigny, apoyada especialmente por el desprestigio del Derecho natural por parte los movimientos intelectuales a la cabeza de Kant. En buena cuenta la Escuela histórica significó un particular entendimiento de *Vico* y de *Montesquieu* quienes postulaban que las civilizaciones y, especialmente, el derecho eran la manifestación del espíritu de la época, a partir del cual, Herder concibe a la historia como un infinito progresivo. Schelling todavía sería más concluyente en la consolidación de ésta escuela, por cuanto postula a la Historia como un despliegue, como una revelación de lo absoluto en el tiempo, en consecuencia, ya fue imposible concebir al Derecho como producto manufacturado por un legislador racionalista (pp. 335-341).

El solitario muro de contención contra la codificación iluminista en Alemania, fue Savigny (1970) quien se mostró implacable con el movimiento codificador, pues la infiltración del *Code* en Alemania fue señalada por él como un “cáncer” una

“enfermedad política” (p. 49), por otro lado, consideró que el fenómeno codificador conlleva al mecanicismo de la administración de justicia con un juez sin discernimiento y mero repetidor literal de los textos (p. 52). El Derecho civil no es aislada a la convicción común de los pueblos, por tanto, excluye toda idea de génesis arbitraria de las reglas, dijo “*el Derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la consciencia del pueblo*” (p. 54). El derecho tiene doble vida, como fragmento del espíritu del pueblo y como ciencia en manos de los juristas. También a estos últimos le reclama dualidad de sentido; por un lado, el histórico para captar los rasgos esenciales de cada época y, por otro, el sistemático para ver la sincronía e interacción de los elementos con el todo (p. 83). Ratifica que el asentamiento del *Code* en Alemania hubiera significado un evento más nocivo y funesto que para la misma Francia (p. 89). Sentenció claramente que la construcción de una ciencia jurídica que no requiera de codificación era una tarea que exige paciencia abundante de los juristas, porque “*cuando el pueblo judío en el monte de Sinaí no podía esperar la ley divina, hizo, movido por su impaciencia, un becerro de oro y sobre este se hicieron pedazos las verdaderas tablas de la Ley*” (p. 149).

La perspectiva que el derecho romano permitió construir ordenamientos fundados en los valores tradicionales que desacreditaron la afirmación iluminista “*las leyes nuevas son mejor que las antiguas*” es fortalecida por Somma (2016, p. 125), quien, además, asiente que la concepción histórica se opuso a la tesis del derecho proveniente del arbitrio humano que ostenta poder de legislar y que el derecho no depende de las tradiciones más remotas, sino que es producto del convencimiento e inspiración del momento (p. 126). Infiere, que no se puede negar que el derecho alemán se desarrolló en la tensión entre las dos almas de la escuela histórica, los romanistas y los germanistas. A pesar que ambos consideran al derecho como expresión del espíritu popular, los primeros consideraban que provenía de raíz romanista e individualista y los otros del derecho patrio auténticamente germánico apegada a las máximas solidarias (p. 135).

Lo anterior es terreno fértil para sostener que la escuela histórica del Derecho representó en buena medida la ascensión del dualismo entre romanistas y germanistas, en el primer extremo Hugo, Savigny (1779-1861) y Puchta; entre los segundos

hallamos a Jacobo, Grim y Jorge Beseler²⁹. Esa tensión, desde entonces, ha marcado las pautas de la ciencia del Derecho privado. Savigny, ascendió a detentar autoridad académica a sus 24 años con su obra (considerada en la posteridad como maestra) “Derecho de Posesión” y posteriormente sus obras programáticas como el Sistema de Derecho Romano Actual y su polémica con Thibaut de una concepción “ahistórica” del Derecho, propulsor de un cuerpo análogo al *Code* para Alemania, a quien le increpó que toda codificación es inorgánica y perjudicial, por lo contrario, alegaba que el desarrollo orgánico del derecho sucede mediante la común convicción del espíritu del pueblo. Éste último según su concepción es la comunidad espiritual y cultural que se logra mediante prácticas creadoras para cuya comprensión la corriente humanista del cual es parte le exige el estudio del Derecho Romano, desde la compilación justiniana (Wieacker, 2000, pp. 355-363).

De la Escuela Histórica se derivaron tres ramas, una historicista, otra germanista y la última pandectista o estudio de las Pandectas justinianas. Los más notables exponentes de éstas dos últimas corrientes fueron Puchta y Windscheid. La corriente histórica, no se limitó al análisis del *Corpus Iuris Civilis*, sino que buscó desarrollar una teoría general del derecho e instituciones jurídicas abstractas desde el cual se solucionen los problemas de la realidad, una auténtica ciencia del derecho. La Corriente pandectística destacó la más alta influencia en la elaboración y promulgación del BGB puesta en vigencia el 1 de enero de 1901³⁰. (Bernal, 2010, pp. 189-192).

Respecto a la evolución del Civil Law, Somma (2016) advierte que el Derecho romano pervivió como elemento unificador por el nexo con el cristianismo, el cual, por medio

²⁹ “Los fundadores de la Escuela Histórica del Derecho fueron Gustavo Hugo —adversario del iusnaturalismo, así como crítico de la corriente del *Usus Modernus Pandectarum* por considerarla excesivamente pragmática—, Otto von Gierke —especialista en derecho político y crítico del primer proyecto de Código Civil alemán—, Karl Eichhorn —gran conocedor de la historia del derecho público germánico y de la historia del derecho privado alemán—, Jacobo Grimm —gran conocedor de los antiguos derechos y de la filología germánica— y el mencionado Savigny —su principal exponente—, jurista de familia noble nacido en Frankfurt, quien, en plena juventud, escribió su Tratado sobre el Derecho de la Posesión (1803) que inmediatamente le dio fama universal” (Bernal, 2010, pp. 190)

³⁰ Después del famoso evento de Waterloo, vino una oleada de cuestionamientos a la corriente generada por el *Code*, que parte de aquella oleada fue la escuela histórica del derecho a la cabeza del romanista Savigny quien sostenía que el pueblo alemán tenía por derecho al derecho del pueblo romano en lugar del *Code*. La postura se asentó con fuerza a la posteridad con los pandectistas, quienes, bajo el liderazgo de Windscheid elaboraron desde 1896 el denominado BGB, promulgándose el mismo para el 1 de enero de 1900 (Martínez, 2011, p. 35).

de la *interpretatio* lo adaptó a aquél presente. El pensamiento humanista, por su parte, estuvo influida por la filosofía aristotélico-tomista, que conjuntamente con la literatura promueven la vuelta a los valores encarnados por la antigüedad clásica (p. 117).

La pandectística alemana fue la corriente que encumbró a la ciencia del derecho al más alto nivel y tuvo de los pocos que existen a los más conspicuos representantes que el Derecho haya tenido: Federico Puchta (1798-1846) y Windscheid (1817-1892). El segundo no necesita mayor presentación, ni comentario, pues es harto conocido. El primero de ellos, en su *Derecho Consuetudinario* (1828) completó la formulación de lo que fue el positivismo científico que significó el traslado de la esencia del derecho desde el espíritu del pueblo hasta la soberanía del jurista, puesto que, siguiendo a Savigny, da cuenta de las fases de “inocencia”, “diversidad” o “práctica empírica” y científicidad del derecho, adjudicándole el monopolio de la formación la creación al jurista. Así pasó a convertir la jurisprudencia conceptualista en principio metódico de la ciencia pandectística. A ello también aportaría el descubrimiento de la historia del derecho Romano y antiguo y la Historia del Derecho Alemán y germánico, coadyuvada por los aportes de otro genio de la época Theodor Mommsen, plenamente dedicado a la Historia del Derecho Romano. La pandectística, venida de la mutación de la Escuela histórica hacia la dogmática del Derecho privado, expresada en los tratados doctrinales de las Pandectas, en buena medida, significó la soberanía del positivismo jurídico científico³¹, con influencia notable más allá del ámbito alemán, en Italia, Escandinavia, Rusia y hasta en la misma Francia sobre Geny y Saleilles (Wieacker, 2000, pp.379-401).

En definitiva, el derecho romano lograría su grandeza póstuma con la pandectística alemana, pero entendida como la resultante de la simbiosis con las tradiciones locales, diría Savigny que el derecho es como el idioma, producto del “espíritu popular”, producto de su historia, en ese contexto justamente se revela el Código Civil austriaco de 1811, bajo un influjo romántico-nacionalista (Somma, 2016, pp. 124-125).

³¹ Conviene aclarar que el positivismo jurídico científico no hace alusión al positivismo científico gnoseológico que formuló tiempo después el prolijo Augusto Comte. Aquella, está referida al estudio del Derecho, excluyendo las consideraciones éticas, políticas o económicas, tal como lo afirmó el mismo Windscheid (Wieacker, 2000, p. 392)

El *Code* y el BGB, marcaron la pauta del sistema eurocontinental y definieron sus rasgos más característicos. Martínez (2011) se ocupa de sus diferencias, el francés a partir de grandes máximas abstractas enarbola el uso de un lenguaje claro y práctico; el alemán, por lo contrario, emula la imperatividad de conceptos abstractos de nivel doctrinario, pues se entiende que la norma, está dirigida a los doctos del derecho, además, la organización del segundo es impecablemente repartida en una parte general y dos partes especiales (p. 35). Su esencia altamente sofisticada fue un factor preponderante para que desplace a los códigos que habían seguido al primero, como es el caso de Austria y Japón, además, pronto, los países que aún no tenían código, lo imitaran, el Código Suizo de las obligaciones de 1916 y el Código Civil italiano de 1942³² (conocido este como el último gran código de Europa) representan un claro ejemplo de ello (p. 36).

Se podría señalar que otro gigante colaboró en sus principios con la pandectística. Ihering con su aporte a la jurisprudencia de conceptos³³, pronto sin embargo, se situaría en la crítica³⁴ social del Derecho conjuntamente con Otto Von Gierke, llevando a su máxima expresión al naturalismo jurídico. En su breve obra “*La Lucha por el Derecho*” dejaba sentado que el derecho se ha convertido en una mera realidad social, instrumento de imposición del poder y los intereses; en su obra posterior postuló que el *fin* es el creador del Derecho, esa tensión entre el fin particular de cada individuo o el de la sociedad, decantándose finalmente por la concepción que el Derecho es lo útil al pueblo. Después de todo aquél acierto descriptivo, Wieacker (2000) concluye que la codificación civil alemana significó el tránsito del positivismo científico al positivismo legal (pp. 410-411, 417-429).

Había dicho Windscheid que el derecho de las pandectas es el derecho privado común alemán derivado del derecho romano, porque, el derecho alemán considerada como un todo, es derecho indígena sólo en parte, la mayor parte es la recepción del derecho extranjero con prevalencia del derecho romano. La pandectística permitió construir un

³² Una amplia referencia sobre la relación entre la pandectística alemana y la doctrina italiana es posible vislumbrarlo en (Ranieri, 2015, p. 13-43).

³³ “La edificación de este “sistema” permitiría iluminar los principios lógicos del ordenamiento jurídico, principios no siempre declarados por las normas jurídicas y de los cuales se pueden lograr nuevas normas, nuevos conceptos y proposiciones” (Marí, 2015, p. 21).

³⁴ Sentenció con crudeza que “Entre un Código concebido casuísticamente y un derecho reducido a su forma lógica existe la misma conexión que entre la lengua china y la nuestra” (Ihering, 2001, p. 30)

sistema abstracto, con un esquema capaz de acoplar diversos modelos legislativos, como asevera Monateri, si bien mediante la pura dogmática pandectística no se puede cambiar el mundo, ni reglas jurídicas concretas, sin embargo, sí se puede encuadrar todo el mundo y construir cualquier regla y cualquier relación. El Código Civil alemán de 1881 es producto de esa filosofía y ello explica su larga vigencia (1975) (Somma, 2016, p.128).

Los albores del Siglo XX representaron la crisis del derecho romano pues la filosofía extremadamente individualista que inspiró la revolución francesa y la codificación, que privilegiaba especialmente la propiedad desatendieron el campo empresarial y las organizaciones corporativas, por considerarlas rezago del feudalismo, habían olvidado al igual que antaño, la función social de la institución de la propiedad, como sea, los acontecimientos bélicos enterraron definitivamente el individualismo, tanto como la revolución francesa sepultó al feudalismo (Somma, 2016, pp. 134 y 140).

En síntesis, la familia Romano-Germánica, en términos de David (2010), ostenta tres períodos marcados en su evolución, el período consuetudinario, legislativo y el de expansión, coincidiendo su aparición con la fundación de las universidades en el siglo XIII hasta la era de la codificación guiada por el Derecho natural que traslada la soberanía hacia el legislador y luego con el sistema de pandectas que es el segundo período y, finalmente, la expansión hasta diseminarse por todo el mundo, habiéndose expandido mucho más allá de las fronteras del Imperio romano, conquistando toda América Latina, gran parte de África, algunos países de Cercano Oriente, Japón e Indonesia. El elemento que facilitó la masificación de éste sistema es la colonización y la técnica jurídica de codificación que fue imitada inclusive por China (pp. 22-53).

Sobre las bases del histórico *ius commune*, la Codificación europea y su expansión se han consolidado, tanto que, el inicio del siglo XXI ha estado marcado por la pretensión europea del regreso hacia esa unidad jurídica, a través de un proyecto de la Unión Europea, y especialmente sobre las mismas bases históricas del *ius commune* medieval que en la actualidad ha sufrido cierta ralentización por el fenómeno contrario que es el *Brexit*. Ajani (2010) ofrece un horizonte interesante al respecto en tanto desde la formación del *ius comune* pasando por la separación del mismo hacia un modelo francés y lo que él considera modelos de lengua alemana, concluye apelando a la

postura de Gambaro para la posibilidad de la codificación europea dependió de la necesidad que los aparatos productores del Derecho (legisladores) deben valorar el entendimiento con el jurista culto quien es el que maneja el elemento lingüístico jurídico (p. 386). El llamado derecho común europeo de modelo librecambista casi representó el éxito de las construcciones con referencias a instituciones jurídicas del pasado, en cuyo constructo ha cobrado las reconstrucciones del derecho de la alta edad media predecesora al divorcio *common law* y *civil law*. Los cultores del concepto nuevo derecho común o actualistas de tercera generación (post adeptos de Savigny o neopandectistas) postulan que la unidad europea presupone la unidad de la ciencia jurídica (Somma, 2016, pp. 155-156)

Esa es la realidad actual de la familia romano-germánico, su rasgo esencial es tiene por principal fuente de derecho a la Ley, seguido por la costumbre, de manera subsidiaria la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales tal como lo estructura (David, 2010, p. 75). Ahora bien, inclusive esa estructura de fuentes podría ya verse menguada, dado que no es del todo exacto hablar de sistemas o familias jurídicas puras, innegablemente, conforme pasa el tiempo, hay una más fluida interacción de los ordenamientos jurídicos nacionales, sobre todo si la globalización es un factor preponderante para ello, gestándose evoluciones hacia sistemas con rasgos que también corresponden a la otra familia preponderante que es el de *Common Law*, como es el caso de la institución de la *judicial review* que es también un rasgo que, por ejemplo, los sistemas latinoamericanos lo practican hace un largo tiempo.

Con el riesgo de incurrir en equívoco, porque las familias jurídicas gozan de cierto dinamismo, del mapamundi jurídico de Galgano (2000) se puede advertir que, en Europa conforman el *Civil Law*: (i) Islandia, (ii) Noruega, (iii) Finlandia, (iv) Estonia, (v) Letonia, (vi) Letonia, (vii) Lituania, (viii) Bielorrusia, (xi) Rusia³⁵, (xii) Holanda, (xiii) Polonia, (xiv) Dinamarca, (xv) Países Bajos, (xvi) Bélgica, (xvii) Luxemburgo, (xviii) Alemania, (xix) República Checa, (xx) Eslovaquia, (xxi) Rumania, (xxii) Bulgaria, (xxiii) Macedonia, (xxiv) Albania, (xxv) Grecia, (xxvi) Macedonia, (xxvii) Serbia, (xxviii) Montenegro, (xxix) Bosnia y Herzegovina, (xxx) Croacia, (xxxi)

³⁵ “Varios rasgos del derecho codificado de la nueva Rusia, y el acento sobre el legislador, no el juez, como el creador del derecho, apuntan hacia la membresía de Rusia en la familia neo-romanista” (Margadant, 1997, p. 55).

Hungría, (xxxii) Austria, (xxxiii) Suiza, (xxxiv) Francia, (xxxv) Italia, (xxxvi) España, (xxxvii) Portugal.



Fig. N° 01 (Juriglobe)

Fue interesante hallar durante la investigación el mapamundi que otorga mayor claridad, pero que también ofrece alguna diferencia con los otros mapamundis jurídicos. Es comprensible su inexactitud pues hace caer en cuenta que ninguna clasificación podría alcanzar esa plenitud, porque el sistema jurídico de las naciones no es una tendencia petrificada, sino un fenómeno dinámico sujeto a los avatares del devenir, así un sistema que fue en un momento histórico enteramente eurocontinental, puede en otro momento pasar a tener matices por la introducción de ciertos rasgos de los sistemas del *common wealth*, inclusive hay sistemas que son romanistas en el ámbito civil, americanizados en el sistema jurídico penal.

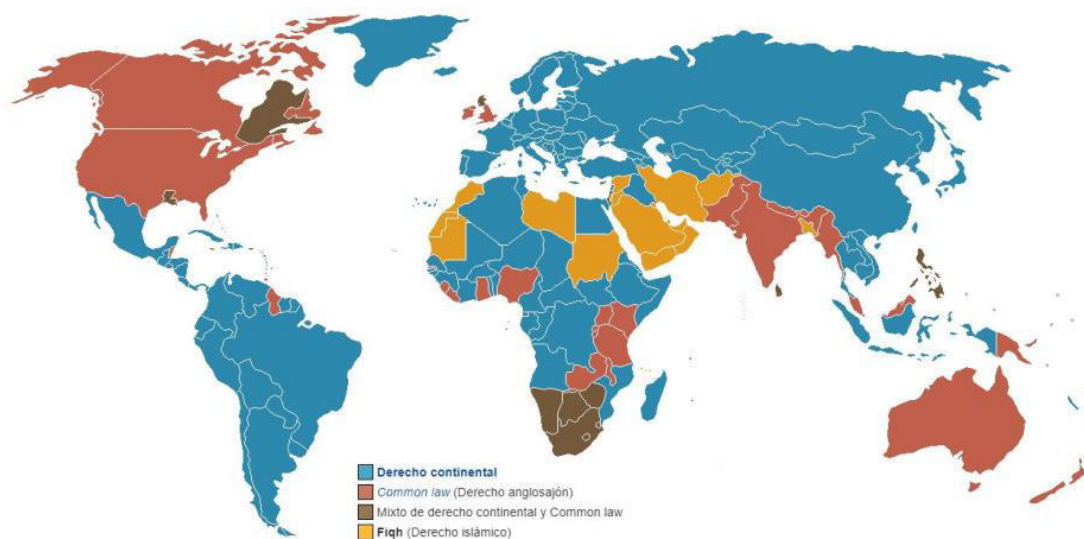


Fig. N° 01.a (Viajesjurídicos)

En tanto que en el continente americano se puede contar a (xxxviii) Quebec, (xxxix) Louisiana, (xl) México, (xli) Cuba, (xlii) (xliii) Haití, (xliv) Santo Domingo, (xlv) Belice, (xlvi) Jamaica, (xlvii) Honduras, (xlviii) Guatemala, (xlix) Nicaragua, (l) El Salvador, (li) Costa Rica, (lii) Venezuela, (liii) Colombia, (liv) Ecuador, (lv) Surinam, (lvi) Guyana Francesa, (lvii) Brasil, (lviii) Uruguay, (lix) Paraguay, (lx) Argentina, (lxi) Bolivia, (lxii) Perú y (lxiii) Chile (pp. 26-32).

Respecto al Civil Law, Juriglobe, presenta una información parcialmente discrepante al de Galgano, consideramos que es porque es una información más actualizada, además, porque añade un aspecto preponderante, su mixtura con el Derecho Consuetudinario, desde tal criterio concluye que: en Asia, además, de Rusia están: (lxiv) Kazajastán, (lxv) Kirghizstán, (lxvi) Tadhikistán, (lxvii) Uzbekistán, (lxviii) Turkmenistan (lxix).



Fig. N° 02 (Jurigoble)

En Medio Oriente, encontramos a Turquía:



Fig. N° 03 (Jurigoble)

En África, el sistema de Derecho Civil Puro rige sólo en Centroafrica y Angola:

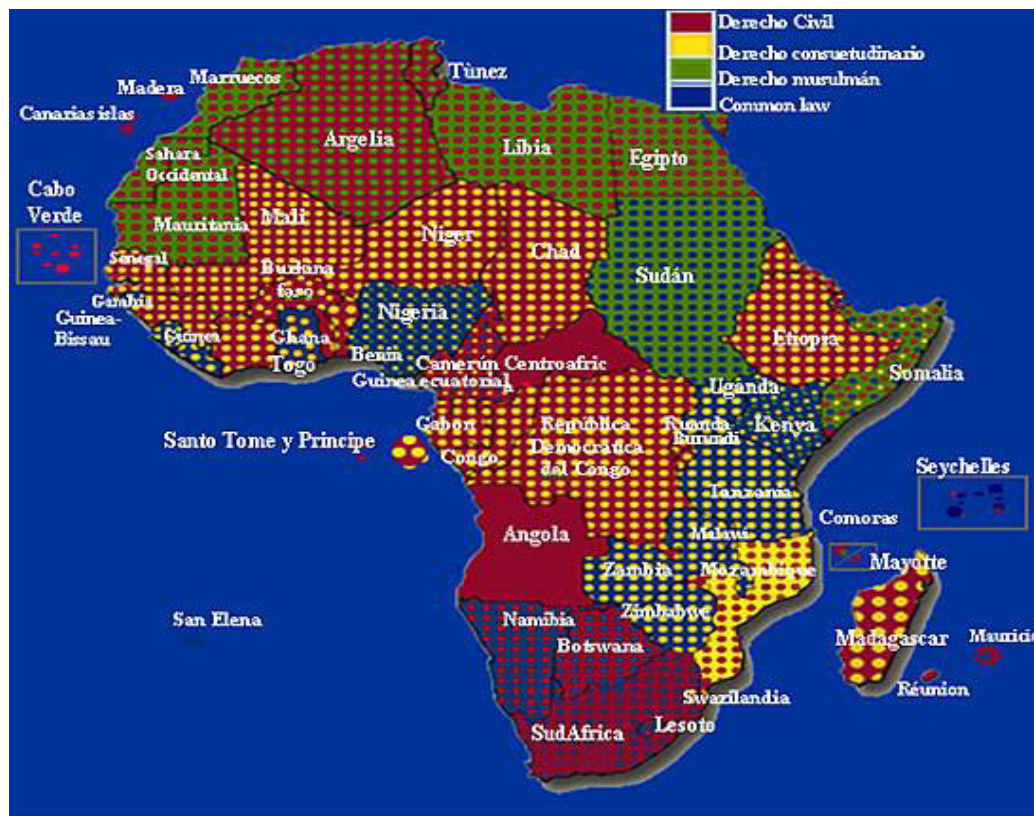


Fig. N° 04 (Jurigoble)

Delimitado en qué legislaciones está presente el *Civil Law* puro, para la comparación, usaremos muestras, bajo el criterio de los sistemas más representativos por cada continente o región.

CAPÍTULO III

LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA MATRICES EN LAS CODIFICACIONES MODERNAS.

3.1. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE SISTEMA DE TRANSFERENCIA.

Es importante contextualizar que la adquisición del derecho de propiedad no sólo se produce por transferencia, sino que esta es sólo una de las tantas formas de adquisición, de otra agrupación más genérica que la doctrina y la legislación lo efectúa. Para entender a qué problema nos enfrentamos, hay que tener en cuenta que las formas más comunes de adquirir la propiedad, es común la agrupación en dos modalidades de adquisición³⁶: (i) la modalidad originaria: dentro de la cual se comprende, por ejemplo, a la apropiación, a la accesión en sus diversas formas, a la usucapión, y; (ii) la adquisición derivativa o por transferencia en ella encontramos las más variadas formas de traslación (compraventa, donación, permuta, compensación, dación en pago,

³⁶ Cfr. Diez Picazo y Gullón, 1997, Vol. III, p. 62 y Álvarez, José, 1986, p. 11. Aunque este último autor ha calificado la clasificación como inconsecuente e infundada en cuanto consagra la preeminencia de la voluntad y representa el puro individualismo.

permuta, transacción judicial o extrajudicial, aporte societario, sucesión testamentaria, etc.).

Se puede apreciar que en las adquisiciones originarias no concurre un acto negocial enajenatorio, ni se precisa verificar la autenticidad de la propiedad del anterior propietario, por lo contrario, en estas modalidades, la titularidad dominical sobre el bien se transfieren a veces en contra de la voluntad del antiguo propietario, es que esta forma de adquisición se produce con la concurrencia de otros supuestos más complejos, la usucapión es una auténtica muestra de aquella modalidad y permite explicarlo con toda pedagogía, exige como elementos condicionantes la posesión en concepto de propietario y un plazo necesario o mínimo, verificado esos y otros presupuestos, el adquirente asume la titularidad del bien, feneciendo la titularidad anterior, aún en contra de la voluntad de éste³⁷.

Los modos generales de adquisición no han cambiado desde el Derecho Romano. Mousourakis (2012) saca a relucir que del *ius gentium* y el *ius civile* romanos derivan lo que desde la perspectiva moderna, constituyen los modos de adquisición original o natural y derivada; los modos originarios significaban que la persona adquiere la propiedad de una cosa sin intervención o dependencia de otra persona, lo que supone que la cosa sea capaz de apropiación, que no tenga propietario previo o teniéndolo, aquél no proporciona ninguna cooperación en el proceso de adquisición, la prescripción, *occupatio* y *accessio* fueron los principales modos. La propiedad derivada ocurría cuando una persona lo adquiere de otro, en este caso el dominio se transfiere o traspasa de una persona a otra persona (p. 127).

El rasgo más notorio de las adquisiciones derivativas es que la transferencia es consecuencia de actos de enajenación del anterior titular, desde lo cual, el derecho de propiedad del nuevo titular se funda precisamente en la anterior. Gonzáles (2005) entiende que, en la adquisición por derivación, el titular deja su prerrogativa dominical voluntariamente a favor de otro quien la asume en su reemplazo, de modo que la nueva adquisición se funda en el derecho del anterior, además, no se adquiere un mejor

³⁷ La maestría de Gonzáles (2005) le permite considerar que “por las causas originarias, no existe transmisión voluntaria de uno a otro, sino un fenómeno de pérdida de propiedad, al que se suma el nacimiento de una nueva propiedad sin tener como causa la anterior, es decir, surge ‘*ex novo*’” (p. 614)

derecho del que ostentaba el transferente y si el enajenante no detentaba o detentaba una titularidad sólo aparente y no real, como regla, el nuevo no habrá adquirido nada (p. 613-614)

La institución o noción jurídica “sistema de transferencia” inmobiliaria, es posible de ser hallada en la segunda categoría de las modalidades de adquisición del derecho de propiedad. La idea de sistema de transferencia se puede resumir en que está formada por el conjunto de disposiciones jurídicas que dictan los elementos condicionantes y necesarios para la posibilidad del paso de los atributos que un titular tenía sobre un bien a favor de otro sujeto de derecho con la consecuente exclusión del antiguo dueño a favor de nuevo, define el evento o eventos jurídicos precisos, necesarios o inexorables para la trasmisión, modificación, constitución y extinción del derecho real de propiedad.

Como más adelante estudiaremos con mayor detalle, en el *Civil Law* existen diversidad de sistemas de transferencia de la propiedad, algunos instauran la suficiencia del consentimiento contractual, otros condicionan la transferencia a la dualidad de la inscripción registral precedida del contrato, otros prescinden del contrato para sustituirlo por una declaración del cambio de titular registral. Reluce, entonces, que el sistema de transferencia es un instituto que se proyecta desde el derecho de obligaciones, derechos reales y derecho registral, en todo caso es el elemento que lo une o permite la confluencia de todas aquellas ramas³⁸.

Martínez (2009) asegura que, como consecuencia de la diversidad de tradiciones jurídicas y ordenamientos jurídicos, en Europa existen variados sistemas de transmisión de la propiedad que dificultan su armonización (p. 73). La autora se enfoca en su trascendencia sobre la circulación de las cosas, en tanto el sistema de transferencia permite tener certeza de la facultad de enajenación, sobre quién recae la obligación de resarcir los daños causados por la cosa, a quién le corresponde asumir el riesgo del pericimimiento del bien transmitido.

³⁸ Kaser, considera que el sistema de transferencia alberga el más medular aspecto de lo que es el Derecho Privado, en tanto viene a ser el eslabón en que confluyen el derecho de crédito y los derechos reales, su trascendencia alcanza el nivel más alto que las condiciones y reglas que se diseñan en ella alcanzan inclusive a ser el factor determinante de la ordenación del Derecho Patrimonial (Citado por Pérez, María, 2006, pp. 201-202).

Bullard (2019) se suma a la misma perspectiva señalando que el fin esencial e histórico de un sistema de transferencia de propiedad es otorgar seguridad jurídica al acto de transmisión, es decir, el conjunto de normas jurídicas que la conforman están orientadas a otorgar garantías al adquirente para que tenga certeza y seguridad de la operación adquisitiva, lo que permite la fluidez de la circulación de bienes (p.128).

Es cierto la existencia de la insalvable heterogeneidad de los sistemas al que alude Martínez, sin embargo, y sin temor alguno a equívoco, es posible sostener desde el inicio, que los sistemas de transferencia actuales, no son más que la derivación del sistema de transferencia romano, no hay un sistema auténtico como alegan respecto al sistema alemán o abstracto, tampoco el sistema francés lo es. Ambos, más bien, constituyen un intento de renacimiento del mismo sistema romano, sin embargo, la variante que resultó al final en cada una, es la consecuencia de una interpretación particular o sesgada que tuvieron cada estudioso que influyó en la codificación, es decir, la desviación es la interpretación particular de quienes instauraron aquellos nuevos sistemas. Sentada aquella nuestra postura inicial, resulta imprescindible la referencia al sistema del viejo derecho romano.

3.2. LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA EN EL DERECHO ROMANO.

Ha quedado bastante claro que el Derecho Romano tuvo una larga vigencia, desde su fundación hasta la caída del Imperio Romano de Oriente, de modo que los sistemas de transferencia que estuvieron vigentes en cada época también fue evolucionando desde los sistemas arcaicos hasta la universalización de la *traditio* como el medio más versátil y eficaz de traslación de dominio de los bienes.

Según se aprecia en el Libro XLI, Título I, de los Digestos de Justiniano, Gayo habría escrito que “*Adquirimos el dominio de algunas cosas por el derecho de gentes, que por la razón natural se observa igualmente entre todos los hombres, y de otras por derecho civil, esto es, por el derecho propio de nuestra ciudad*” (Kriegel, Herman y Osembrüggen, 1897, p. 299). Como se sabe, el Derecho Civil o *ius civile romanum*, fue el derecho concebido inicialmente para los ciudadanos romanos, caracterizado por excesivos formalismos y solemnidades más rigurosas, la expansión de Roma hizo

necesaria la flexibilización de tales exigencias para regular las relaciones con los extranjeros. Tener en cuenta esta diferenciación es demasiado trascendental para comprender los modos de transferencia practicados en el Derecho romano.

3.2.1. Los sistemas arcaicos de transferencia:

Sabemos que uno de los rasgos de las primeras épocas del Derecho romano es su alto formalismo y complejidad, en el cual las prácticas jurídicas estuvieron más ligados a ceremonias lindantes con los rituales religiosos, los actos o prácticas de transferencia no fueron ajenos a ello.

Aunado a lo precedente, la elocuencia de Ourliac y De Malafosse (1960) permiten tener en cuenta que el origen de la idea misma de trasmisión de la propiedad es el eje central de la polémica de la más contemporánea romanística, no sólo porque es difícil hallar su origen cronológico que será siempre hipotética, sino, además, porque en el Derecho Romano, no se tuvo una claridad entre la cosa como objeto del dominio y la idea de propiedad sobre ella como la proyección de facultades. Con todo y ello, el autor con remisión a Chicca ensaya como antecedente el acto *per aes et libram* practicada en la monarquía etrusca, pero, además, que las exigencias de peso de metal y participación de testigos³⁹, fue común en el oriente desde tres mil años antes de Cristo, para la transferencia de bienes que en Roma eran considerados *res Mancipi*, práctica asimilable también a los pueblos mediterráneos y en general a los más básicos usos del comercio primitivo (p. 514).

Mousourakis (2012) considera que las principales formas derivadas de adquisición fueron la *mancipatio*, la *in jure cesio* y la *traditio*, las dos primeras emanaron del *ius civile* o *ius quiritium* mientras que la *traditio* deriva del *ius gentium* o lo que posteriormente se conocería como derecho natural (p. 128). Tengo la ligera sospecha

³⁹ Sobre la transferencia inter vivos de bienes en la prehistoria, Ribas (2015) ensaya una llamativa hipótesis por el cual aquella presupone un negocio jurídico solemne consistente en una fiesta ceremonial a cuyo final se ofrenda el pago al vendedor y los testigos, qué duda cabe que está orientada a la publicidad de la trasmisión. Si bien es verdad que para bienes de titularidad individual (adí-ma-ibuy) y en el período anterior al neolítico no se exigía negocios jurídicos formales, las sociedades agrarias, sin embargo, otorgaron una trascendencia cualificada a la tierra, requiriendo seguridad jurídica a su intercambio, por ejemplo, la forma escrita como se exigía ya en tiempos del Código de Hammurabi (pp. 189-191).

que la idea original de aquella diferenciación fue formulada por Savigny (T. I, 1878), el siguiente pasaje lo insinúa:

El mayor interés práctico de la oposición de los dos sistemas de derecho, consiste en que su aplicación se funda en el estado personal de los individuos. El derecho civil propiamente dicho, en propiedad exclusiva de los ciudadanos romanos; con el tiempo se concedieron a los latinos algunas de sus instituciones; pero su goce estuvo siempre prohibido a los extranjeros, mientras que el *jus gentium* se extendía a todos los hombres que tenían la capacidad de derecho. La misma distinción se reprodujo respecto a los inmuebles: así ciertas partes del derecho referente a las cosas se aplicaban exclusivamente según que pertenecían al derecho civil (ejemplo: la mancipación, la usucapión), o al *jus gentium* (ejemplo: la tradición) (p. 88).

Petit (1985) considera que, en el Derecho Romano, los modos de adquirir la propiedad que precisan del acuerdo previo de las partes, son la *Mancipatio* y la *In Iure Cessio* (p. 289). Seguramente lo dedujo de Savigny (1879), en cuanto en un pasaje de su Sistema refiere como “(...) *las antiguas formas del derecho civil primitivo, la mancipación y la in jure cessio*” (p. 210). Empero, a la posteridad la comunidad jurídica romanista se ha empeñado en asegurar que además de las formas antes mencionadas se recurrió a la *traditio* como elemento de concreción de la transferencia, es decir como complemento, no como medio autónomo.

Entienden Soza y Rodríguez (2001), que en la época primitiva y arcaica de Roma se había practicado tres causas (*capere*) o modos (que fue una acuñación posterior) de adquirir la propiedad, dependiendo de la importancia de la cosa que se estaba enajenando; por ejemplo, las fincas extratállicas, eran llamadas *res nec Mancipi*, como referencia a su intrascendente valor económico en comparación a los fundos itálicos, la vivienda, los esclavos, los animales mayores, los cuales eran considerados *res Mancipi* o bienes con alto valor económico. La enajenación del primer grupo de bienes se concretaba a través de la mera *traditio*, que en aquél entonces era un modo poco solemne y, más bien, sencillo. La adquisición por enajenación de bienes *res Mancipi* revestía de actos más ritualísticos de los que la historia ha tenido a bien referir que se trataba de la *mancipatio* y la *in iure cesio*, prácticas propiamente coetáneas al período apenas iniciado, carente de escritura, en el cual los agentes económicos eran ávidos, por lo contrario, a la oralidad (p. 699).

No se advierte disidencias sobre si en el Derecho Romano fueron realmente practicados los tres modos de transferencia antes aludidos⁴⁰, la confrontación doctrinaria más bien se evidencia respecto a si la *mancipatio*, la *traditio* y la *in iure cessio*, eran modos causalistas o abstractos. Entender esta discrepancia es medular para tener una visión clara acerca de la formación de la particular derivación de los modernos sistemas de transferencia, especialmente para tener en claro las orientaciones opuestas como son la germana y francesa.

a) La *Mancipatio*.

La agudeza de Ihering (2001) permitió comprender que el formalismo fue inherente al antiguo Derecho Romano⁴¹, dice él que la tensión entre la libertad y el formalismo es una constante, pero aparente, porque detentan una relación oculta de mutua y necesaria dependencia, por ello, la época de mayor éxtasis de la libertad también lo fue del ascenso de la forma a su más tiránico rigor, en el fondo, como “*enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad*”. La forma *verbal* dominó las prácticas jurídicas de las épocas más antiguas, mientras que en los tiempos

⁴⁰ La muestra sobre la existencia de consenso que abarca las formas de transferencia de bienes practicado en Roma que redundan en la *mancipatio*, *in iure cessio* y *la traditio*, puede confrontarse en las lecturas de (Mariani, 2004, pp. 471 y 472 y Díez-Picazo y Gullón (1997):

En el Derecho romano primitivo la transmisión dominical se realizaba por medio de unos actos solemnes y rituales, que por su misma solemnidad y por su ritualismo eran suficientes para llegar a conocimiento de todo el grupo social, especialmente cuando este no era muy extenso (*mancipatio*, *in iure cessio*). En la evolución posterior, merced sobre todo al impulso de las necesidades comerciales, la adquisición de la propiedad y la transmisión de los derechos reales se ligó con el fenómeno de la posesión y fue el traspaso posesorio lo que determinaba aquella adquisición y la transmisión. Originariamente el traspaso posesorio (*traditio*) aparecía causalmente enlazado con los negocios precedentes que le sirven de justificación. Sin embargo, en la evolución última del Derecho romano aparecen dos nuevas líneas, que desnaturalizan de algún modo tal sistema y que permiten el nacimiento de otras dos nuevas formas de concebir el fenómeno que analizamos. La primera se produjo a virtud de una progresiva espiritualización del elemento material de la *traditio*, que la aleja de toda idea de entrega o desplazamiento posesorio. La segunda se originó merced a la consideración de que la simple voluntad de las partes, desligada de las conexiones causales que pueda tener con los precedentes negocios celebrados por las mismas, es bastante en algunos casos para producir la modificación jurídico-real (donaciones de padres a hijos; donaciones a las iglesias y a las ciudades). Es polémico si suponían meras excepciones a la necesidad de la *traditio* o manifestaciones de un nuevo principio, cual es el de la transferencia de la propiedad por mero consentimiento (p. 64).

⁴¹ Enfatiza que “Ningún otro principio material como el de la forma pudo alcanzar una realización tan amplia ni tan absoluta; ningún elemento del derecho antiguo ha sido conservado tan largo tiempo: las formas han sobrevivido a la libertad romana. (...) Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden y, por consiguiente, de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad” (Ihering, 2001, Vol I, p. 582-583)

venideros la forma *escrita*, con una trascendencia tal que el error en una sola palabra entrañaba un vicio (Vol. 3, p. 583 y 591).

La *mancipatio* es hallada en ese contexto de la inagotable formalidad romana primitiva, por ello señala Mousourakis (2012) que fue la más antigua y ultra formalísima institución del *ius civile* cuya existencia se remonta inclusive a tiempos anteriores a las XII Tablas⁴², que a la posteridad, fue una formalidad con el cual se imbuía no sólo a la transferencia de las *res Mancipi*, sino para crear cualquier otro derecho, por citar algunos ejemplos, para emancipar de los hijos, servidumbres, para empoderar al hombre sobre la esposa. Como modo de adquisición del dominio sobre cosas, fue una suerte de venta ritual en efectivo cargado de solemnidades, además, reservada sólo a los ciudadanos romanos o individuos con potestades de *ius commercii* (lo que excluye a los esclavos o hijos no emancipados), debía estar precedida de una *causa* que podía ser un contrato o una donación, sin embargo, la nulidad de esta causa no impedía⁴³ la adquisición del dominio por la *mancipatio* (p. 128).

El genio de la Escuela Histórica no duda que “*la mancipatio fue una venta simbólica donde figuraban el metal y la balanza*” (Savigny, 1879, T.IV, p. 338). Explica que se aplicaba sobre las *res Mancipi*, porque la tradición no transfería la propiedad de éstos, aclara también que en el antiguo derecho ni la *treditio*, ni la *mancipatio* valían para la transmisión universal, puesto que ambos fueron mecanismos ordinarios de enajenación aplicables a bienes determinados (Savigny, 1879, T. III p. 91).

Su perspicacia, a Ihering (2001, Vol. 3), le permite comprender que la mancipación, como la cesión judicial y la estipulación constituyeron fórmulas analógicas regidas por el aserto y la afirmación, con la salvedad que los primeros generan *actio in rem* y el último *actio in personam*. La *mancipatio* según las recopilaciones gayanas, se realizaba pronunciado las palabras “*yo afirmo que este hombre me pertenece por el*

⁴² “Mancipatio was an ancient and extremely formal institution of the *ius civile* in existence before time of the Twelve Tables. In later times, this institution could be employed not only to transfer ownership of certain thing (*res Mancipi*) but also to establish other rights such as servitudes, to emancipate a child, to create marital power (*manus*) over a wife, to compose a testament (*testamentum per aes et libram*) and in other ways” (Mousourakis, 2012, p. 128).

⁴³ “If this reason was deemed invalid, it did not preclude the acquisition of ownership by *mancipatio*” (Mousourakis, 2012, p. 128)

derecho quiritario y que lo compré con esta moneda y esta balanza”⁴⁴. Añade “*la forma es para los actos jurídicos lo que es el sello para la moneda*”, de modo que se puede entender que son actos simbólicos con alta incidencia, porque el derecho antiguo tiene una denodada predilección para imponer formas, contrariamente, el derecho venidero a incrementar la cantidad y la importancia de actos sin formas rigurosas (pp. 593-619).

Pluralidad de autores consideran que la *mancipatio* constituía un acto unilateral. Así, según Kaser evoca a un modo prehistórico de adquisición que es la violencia, por ello, otorga un papel prevalente al adquirente, porque se trata de la creación de una potestad, idea que acorde con Gernet era puesta en primer plano porque la acción se ejerce de inmediato sin que sea ordinario diferirlo; pues no era propio de los ciudadanos romanos abstraer el futuro y el pasado, por lo contrario, lo concreto y lo presente son los elementos rectores de la vida (Ourliac y De Malafosse, 1960, p.515).

Quizás es Mousourakis (2012) quien ofrece la perspectiva más lúcida sobre el procedimiento. Enseña que requería de la presencia de al menos cinco testigos necesariamente *sui iuris* y una persona adicional llamado *librepens* quien sostenía la balanza de bronce. El adquirente cogía el bien a transferir si era mueble o algo que le representara (un trozo de tierra, por ejemplo) si era inmueble y una pieza de bronce en la otra mano, mientras pronunciaba la fórmula por el cual decía que el objeto es suyo por derecho de los quirites porque lo adquiriría con el cobre y la balanza, luego golpeaba la balanza con el cobre y le entregaba al enajenante como como símbolo del precio, entonces, la propiedad pasa a favor del adquirente. Cuando en el siglo IV a. C. se introdujo el dinero acuñado, el procedimiento se mantuvo, sólo con que la balanza ya era tocada con la moneda de cobre (p.129).

En la mitad del siglo decimonónico, escribieron Navarro *et al* (1842) que el arcaico instituto que venimos comentando, en las XII Tablas recibió diversas denominaciones: *mancipium*, *nexu alienatu*, *alienatu per aes et libram*, *per hesit libram*, *libra et aere*, los jurisperitos romanos lo habrían denominado *mancipatio* y *emancipatio*, inclusive Plauto lo habría conocido inclusive como *lege venderé*. Asegura que no fue

⁴⁴ “Hunc ego hominen ex jure quiritorium neum ese ajo isque mihi emtus est hoc aere eaneaue libra” – (Gayo, I, 119, citado por Ihering, 2001, Vol. 3, p. 593)

el más importante instituto de transferencia dominical, ni la única del derecho quirritario, ni el más frecuente, pero sí el de efectos traslativos inmediatos (p. 83). A consideración de aquellos autores, la *mancipatio* no fue más que la *traditio* con una fórmula ritual solemne (*solemnis*), en el cual el *mancipans* y el *mancipio accipiens* (ambos necesariamente ciudadanos romanos) se reunían delante del *libripens* que habría sido un patricio, un sacerdote, o cualquier funcionario público y otros cinco testigos (*testes*), tiempo después se exigió la presencia del *antestatus* (quien convoca a los demás). Si la cosa era mueble era preciso que estuviera en el lugar de la celebración, para que el *accipiens in mancipium* lo tomara con la mano, acto que se llamaba *manceps*, que es la matriz de la *mancipium* y sus derivados; el *accipiens in mancipium* mientras sostenía la cosa pronunciaba la fórmula⁴⁵, después el *qui mancipi dabat* (transferente) pronunciaba “*raudusculo libram ferito*”, echándose la el lingote de cobre a la balanza y se entregaba al mancipante (T. II, pp. 84-85).

Una necesaria orientación respecto a su origen muestra Petit (1985), remontándolo al derecho arcaico, por ello es posible que los 5 testigos representaran a las cinco clases del pueblo quienes habrían sido los llamados a sellar la transferencia, mientras que la balanza tendría su explicación porque las ventas, en sus inicios se habrían realizado mediante el pesaje verdadero y real de las piezas crudas de cobre, pues el cobre valía por su peso, de modo que indefectiblemente aquél procedimiento debía replicarse en una venta ficticia que sumado a que mancipación alude a la toma manual del bien, confirmarían la tesis del autor. La finalización del procedimiento significaba también la transferencia inmediata de la propiedad, sin posibilidad de ser diferida por modo alguno, porque la ceremonia celebrada, especialmente las palabras dichas por el adquirente representan un derecho actual e incuestionable, a tal nivel que, si con la mancipación la tradición no le fue practicada, podía forzar al enajenante a través de la *rei vindicatio* (p. 290-291).

Vale la pena remitirnos nuevamente a Savigny (1879), quien, al explicar la donación, asevera que la mancipación es imprescindible para la transferencia, dado que la mera tradición, no es suficiente para la adquisición de *res mancipi*, por ello, a su consideración, la *mancipatio* fue una forma particular exigida para la perfección de la

⁴⁵ Ya descrita en la nota *ut supra*.

donación y su eficacia, es decir, las *res Mancipi* podían ser válidamente donadas con la concurrencia de aquél ritual (T III, p. 102 y 128). El mismo autor alude que de las anotaciones de Ulpiano, XIX, § 6, se infiere que, en tiempos posteriores, la *mancipatio* podía celebrarse en un solo acto, respecto a inmuebles situados en diversos lugares, verificándose que la posesión actual del propietario no era inescindible para la transferencia (T III, p. 363). Inclusive las restituciones, se realizaban a través de la *mancipación*, y “Gayo sabía perfectamente que la propiedad de un esclavo no se transfería por la tradición sino por la *mancipación* o por una *in jure cessio*” (S. 1879, T V, p. 42).

Mousourakis (2012) comparte la apreciación de Petit, pues considera que el procedimiento de la *mancipatio* se remonta a épocas anteriores a la aparición de la moneda acuñada y probablemente se desarrolló de la venta a contado en el que el latón y el cobre eran pesados de verdad en la balanza (*libra*) por el *librepens* y el bien enajenado era entregado simultáneamente; agrega que, con la instauración de la Ley de las XII Tablas, se mantuvo el procedimiento, pero introducida bajo una fórmula simulada. En tiempos venideros no tuvo, en absoluto, relación con las ventas, más bien, pasó a ser un modo de transferencia limitado a cierto tipo de bienes, por su parte, las ventas eran actos jurídicos separadas que proporcionaba la causa necesaria a la transferencia que se producía mediante la *mancipatio*, por ello que Gayo llamó venta ficticia o imaginaria, que habría evolucionado gradualmente desde los tiempos antiguos sobre cuya etapa no hay conocimientos (p. 129).

Ourliac y De Malafosse (1960), nuevamente bajo la fuente de Kaser, sostienen que se carece de certeza sobre la restricción los alcances de la *mancipatio* sólo a las *res Mancipi*, excluyéndose a las *res nec Mancipi*, bajo el fundamento que, más bien, la idea de aprehensión material (que es lo central de los vocablos latinos *manu capere* y *mancipatio*) es más afín a la adquisición de bienes muebles (p. 516). A parte de aquella particularidad, coincide con otros en que la *mancipatio* tenía doble efecto, creaba transmisión y obligaciones, pero sólo a cargo del vendedor, se convirtió en la época clásica en un modo abstracto de transmitir la propiedad y de la creación de otros derechos, con Monier, comparten la perspectiva que la *mancipatio* es válida cualquiera

sea la finalidad concreta de los intervinientes, si las partes gozan del *ius commercii*⁴⁶ y se cumplan las fórmulas, del cual es parte el precio ficticio por un sestercio (p. 522).

La mayoría de quienes se han ocupado del tema tienen una opinión contraria a la tesis anterior, Cuenca (1996) entre ellos, asegura que la transferencia de las *res mancipi*, exigía de la *mancipatio*, que inicialmente ocurría como una “venta manual”, entonces la primitiva *mancipatio* podría haber sido un intercambio formal, pues la transferencia real requería de la misma, así como la creación de la *obligatio* requería de la *estipulatio*, ambas fórmulas *ad valitatem*, sin cuya solemnidad constitutiva el derecho no nace. De allí que no hay venta, por un lado, y *mancipatio* por otro, lo que existió exclusivamente es la *mancipatio* como un cambio efectivo e inmediato de cosa y precio, un símil de la venta al contado con prestaciones que se consuman coetáneamente; existió una marcada diferencia entre negocios obligacionales (*estipulatio*) y negocios de disposición (*mancipatio*), es que, en alguna fase de la historia la *mancipatio* pasó de ser una mera venta al contado a ser un negocio abstracto de disposición, es decir, según entiende Betti, fue un solemne acto abstracto de disposición desligado de la causa, transformación que se explica desde que el peso del bronce ya era un mero acto simbólico (pp. 56-59).

Se discute cuáles eras las funciones de aquél formalismo, porque se puede creer que era producto de una mera casualidad, no puede aceptarse como un *factum* cualquiera, sin explicación alguna “(...) *sino que por el contrario es una creación jurídica consciente y calculada, un lenguaje de signos, profundo y perfectamente meditado; en una palabra, un producto artístico del espíritu jurídico*” (Ihering, 2001, Vol. 1, p.645).

Las formas además de estar arraigadas a la cosmovisión, para la mayoría de los autores, cumplían una función publicitaria, es la posibilidad que prefieren defender Ourliac y De Malafosse (1960) quienes son de la opinión que la validez de la *mancipatio* estaba condicionado al complejo ritual, con Leifer ensayan la hipótesis que la participación de los testigos habría obedecido a una suerte de control o ratificación por los *gens*, pero Gayo le permite aclarar que la participación de los testigos habría tenido la

⁴⁶ “Commercium, en la acepción propia de la palabra, significa la facultad de comprar y vender, y en su sentido técnico, la capacidad para el contrato simbólico, llamado mancipación” (Ulpiano citado por Savigny, 1878, T. I, p. 287)

finalidad de ofrecer certeza de la seriedad y el carácter indubitable de la declaración de la parte, pues según Kaser, además, la *mancipatio* es sinónimo de prueba preconstituida para eventuales juicios, además, genera publicidad del acto, pues asegura la transferencia en interés de las partes y de los terceros (p.522-523).

Con la expansión de Roma, que conllevó al crecimiento de las actividades económicas de intercambio de bienes y las relaciones con los peregrinos, pronto surgió la necesidad de mayor agilidad en el mecanismo traslativo, paralelamente la *mancipatio* cada vez se tornaba en un formalismo pesado y oneroso, que iría cediendo además a las formalidades escriturarias, es posible que inclusive la práctica de la *mancipatio* ya hubiera quedado reducida a una mera redacción parecida a una constancia de haberse seguido la fórmula, acercándose a la *stipulatio* que terminó adaptándose mejor con el complemento de la *traditio* (Ourliac y De Malafosse, 1960, p. 523) .

El arcaico instituto del que hablamos estuvo muy ligado a la cualidad de las *res Mancipi*, de modo que la supresión progresiva de tal diferencia también podría haber originado su desuso, porque como enseña Savigny (1879), desde dos siglos antes que Justiniano, ya se hablaba inclusive de dos categorías de propiedad diferentes al catálogo arcaico, propiedad *ex iure quiritium* y la propiedad *in bonis*, el cual, también fue suprimido por el gran emperador, aboliéndose cualquier vestigio de *res Mancipi* y *fundus italicus*, instaurándose una categoría unitaria de propiedad (T. VI, p. 347). Por ello que, tanto Petit (1985), como Mousourakis (2012, p. 130), aciertan en que, para el imperio tardío se convirtió en una institución obsoleta, peor aún, una reliquia legal desconocida para tiempos justinianos, a pesar de que en las constituciones del S. IV, posiblemente todavía se citada.

b) La *In Iure Cessio*.

Savigny (1879), indagó que la *in iure cessio*, fue un instituto del derecho antiguo bajo cuyo mecanismo se transfería la propiedad con libre anuencia del anterior titular. La fórmula consistía en la reunión del enajenante y adquirente ante el pretor, delante de quien, el adquirente reclamaba la cosa al enajenante, en seguida el funcionario interrogaba a aquél, si le reconocía la propiedad que reclamaba, con la respuesta concesiva del enajenante o aún sin su contestación, finalmente el pretor, completaba

la fórmula declarando la *addictio*, con la cual, la traslación de la propiedad se consumaba (T.V. p.321). Adhiriéndose a la tesis de Gayo, agrega, que aquel mecanismo de adquisición, consistía, al fin y al cabo, en una reivindicación simbólica (Savigny, 1878, T. I, p. 335).

Si bien la *in iure cessio* sirvió para otros fines jurídicos, Schulz (1960) considera que el derecho de propiedad es el campo más idóneo para comprenderlo. La denominación *in iure* guarda relación con la celebración ante el pretor o el gobernador de la provincia, el adquirente, tomando con la mano la cosa (si era mueble), dirigíase al transferente expresando la fórmula “*hung ego hominen ex iure Quiritium meum esse aio*”, el magistrado preguntaba, si formulaba objeción (*an contra vindicet*), aquél guardaba silencio, en consecuencia, el magistrado ratificaba la declaración del adquirente (*addictio*), produciéndose la adquisición de la propiedad quiritaria (p. 334). La apreciación de este autor es particular, por cuando a diferencia de otros sostiene que según Gayo, la *in iure cessio* significó trasmisión ante el tribunal, además, señala que se aplicaba no sólo a las *res Mancipi*, sino también a las *res nec Mancipi*, niega especialmente que se haya tratado de un proceso ficticio o reivindicación ficticia, por cuanto la sentencia generaba sólo efectos *inter partes*, mientras que la *in iure cessio* transmitía la propiedad con eficacia *erga omnes*. Si bien servía para bienes *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, era poco usado, por cuanto, la *Mancipatio* era más versátil para los primeros, dado lo gravoso que resultaba acudir al magistrado, lo hacían sólo cuando no conseguían los testigos y el *librepens*, para los otros bienes preferían la sencillez de la *traditio* (p.335)

Ihering (1896), en un análisis más holístico considera que tanto la *Mancipatio* e *in iure cessio* permitían diferenciar el nacimiento de una situación jurídico de naturaleza real respecto de la mera relación obligatoria, como ejemplo, señala que la forma de ambas instituciones, posibilitaban superar una eventual confusión entre la servidumbre predial y la simple convención de vecindad, que no pasaba de ser obligatoria. Concibe, que inclusive la *traditio*, cumplía un rol análogo, toda vez que separaba el efecto de *derecho real* del contrato, del *obligatorio*. Advierte que aquellas formas desde el derecho quiritario hasta el *ius gentium* mutaron a la *materialidad del derecho*, pero siguieron siendo trascendentes a tal punto que, los *contractus* que no habían concluido

con aquellas formas, carecían de acciones (pp. 167-168). El dato extra que ofrece es que ambas instituciones representan la forma absoluta de la prueba respecto a la voluntad de traslación de la propiedad, el acto mismo, exclusivamente tal fin, a diferencia de la *traditio* que está situado fuera. (p. 169).

Ourliac y De Malafosse (1960) asumen una posición claramente discrepante al de Schulz, en cuanto consideran que la *in iure cessio* es la escenificación de un proceso, porque consistió en una forma de transferencia generada por el abandono de la propiedad ante el magistrado, como tal, estuvo reservada sólo a los *sui iuris*, excluía, por tanto, a los *alieni iuris*. Simbolizó el calco de una acción reivindicatoria bajo las formas *sacramentum in rem*. Coincide, sin embargo, en que por la participación del magistrado resultaba ser un procedimiento más gravoso, sobre todo, fue un negocio jurídico estrictamente real, más al no tener efecto obligatorio, no había garantía de evicción. Resalta que, así como la *mancipatio*, fue un mecanismo abstracto, lo que significa que la transferencia operaba aun cuando la causa fuera inválida (p. 523-524).

Que la *in iure cessio* consistía en la pronunciación de la fórmula de una simbólica reivindicatoria, le lleva a Savigny (1879) a enlazarlo con la *interrogatio*⁴⁷, que podía tener lugar ante el pretor como ante el *iudex*, siendo en el caso del primero un *interrogatio in iure* y *in iudicio* ante el segundo, con el objeto de conseguir del emplazado una contestación o respuesta (T. V. p. 321).

La cesión jurídica, como lo llaman Navarro *et al* (1842) fue una de las formas de adquisición del dominio desde la declaración formulada ante el magistrado por emplazamiento del *vindicans* o adquirente dirigida contra el enajenante o (*in iure cedens*) quien no oponía nada sobre la vindicación de la cosa, finalizando con la *accedia* del magistrado (*addicens*) a la demanda sobre la cosa. Aclaran que no sirvió sólo para la adquisición del dominio, sino también derechos sobre bienes incorporales, la obtención de la libertad por el esclavo, el cese del poder paternal. Sin embargo, los autores siempre lo trataron asociado a la *mancipatio*, pese a la inexistencia de duda

⁴⁷ También se le denomina concesión ante un órgano jurisdiccional o reivindicación de la cosa por el adquirente ante el magistrado, y considera que se halla en la I.G 2.44. con aptitud respecto a cosas mancipables y no mancipables, con una fórmula análoga a la *mancipatio*. Su postura se asemeja al de Savigny, pues señala que el ritual incluye un interrogatorio del pretor al enajenante (Martínez, 2016, p. 14).

que en las XII Tablas, ya aparecía un pasaje no sólo con referencia a ella, sino también, las condiciones para que fuera válida aquella adjudicación judicial, ensayada en los términos: *ita ius esto*. Además, este modo de adquisición se rotulaba siempre con *in iure cessio*, pero no el de *addictio* (pp. 90-91).

Savigny (1879) corrobora la utilidad múltiple que tuvo la *in iure cessio*, pues no sólo servía para la adquisición de dominio, sino también, por ejemplo, para la adopción, pues el padre adoptante vindicaba ante el magistrado el poder paterno, como si ya le pertenecería (T. IV, p. 21). Este instituto era útil inclusive para constituir la servidumbre o más, para restablecer el inmueble a su propietario en caso de extinción de una servidumbre por el no uso (T.V, p. 45).

Mousourakis (2012) enseña que la cesión judicial, al igual que la *mancipatio* fue una institución del *ius quiritium* y probablemente conocido en los tiempos de las XII Tablas, sirvió a propósitos diversos, como transferir la propiedad sobre bienes corpóreos sean *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, para crear servidumbres prediales y usufructos. El caso es que sólo las personas que gozaban del *ius commercii* pudieron emplear el procedimiento que nos ocupa. En su sentido más literal, significó, en la desposesión o desinversión en derecho, pues asumía la forma de un juicio ficticio sobre la afirmación o reclamo de la propiedad (*reivindicatio*) ante el *praetor (in iure)* con el propósito expreso de abandono en derecho del dominio de una cosa a favor de otro. El autor manifiesta una particular perspectiva, en tanto refiere que el cedente y el cesionario comparecían ante el pretor o gobernador provincial, el adquirente cogía el objeto a transferir, y declaraba formalmente como suyo, conforme al *ius quiritium*, después el magistrado preguntaba al transferente si disputaba el reclamo a través de la *contra vindicet*, si expresaba respuesta negativa o guardaba silencio, otorgaba la transferencia del dominio de la cosa a favor del adquirente (p. 130).

Ihering (2001) opta por un análisis divergente, pues aprecia que la cesión jurídica, con el tiempo pasó a ser la *sponsio proejudicialis*, aunque en ésta última el pacto no es más que la ayuda del procedimiento, en cambio, en la cesión el procedimiento sitúa al convenio en la esfera de seguridad de las autoridades. Devela que aquél se aplicaba sólo respecto a los bienes que podían ser objeto de una *reivindicatio*, obviamente porque como señalan todos los autores su naturaleza misma era la de una *reivindicatio*

fingida, con la asistencia del reivindicante que reclamaba ante el magistrado mientras que el enajenante se abstenía de toda *contravindicatio*, concluyendo con la adjudicación de la cosa a aquél por el magistrado. Él considera que, si bien fue menos antigua, sin embargo, gozó de mayor cobertura que la *mancipatio*, de ello se servían también para la transferencia de las *res nec mancipi*, servidumbres prediales y personales, manumisión, emancipación, adopción, transferencia de la *tutela legitima mulierum* y de la *hereditas legitima* (pp. 639-640).

Savigny (1878) controvierte la denominación *in iure cessio* o simplemente *cessio*⁴⁸, pues sospecha que en la mayor parte de los textos auténticos se habría escrito como tal, posiblemente los redactores del Digesto hayan omitido *in iure*. Tal cambio, podría obedecer a dos causas, la supresión o, en todo caso la variación del significado de la palabra. Estima que, la última posibilidad goza de menor certeza, pues Gayo y Ulpiano añaden las palabras y otros lo omiten (T. I, p.177).

Mousourakis (2012) nos permite advertir que tal como la *mancipatio*, la *in iure cessio* no requería de ninguna causa jurídica, pues era suficiente por sí misma, es decir, fue un modo abstracto con validez independiente de la causa⁴⁹; a pesar de ello, en los tiempos post-clásicos devino en obsoleto, en los tiempos de Justiniano inclusive ya ni se usaba (p. 130).

Ourliac y De Malafosse (1960) describen con holgura la decadencia de la *in iure cessio*, en principio, consideran que fue más rápida que el de la *mancipatio*, en las compilaciones bizantinas, ya no se hace mención de la frase completa, sino que los juristas de la época cercenan, de modo que se conservan sólo el último término, la *cessio*, todavía peor, para la época, como el modo de transferencia del dominio por excelencia había sido consolidado la *traditio* (p. 524).

Las prácticas jurídicas concurrentes en la trasmisión inmobiliaria, con el devenir del tiempo se sacudieron de los formalismos clásicos y la *traditio* que antaño era el modo de transferencia relegada a un segundo plano, usada sólo para la enajenación de las *res*

⁴⁸ “La *iure cessio* desaparece y Justiniano la sustituye por la *cessio*” (Martínez, 2016, p. 31)

⁴⁹ No sólo la *in iure cessio* era un negocio abstracto, Soza y Rodríguez (2001) asumen que, además, “Se consideraban como negocios abstractos los siguientes: *mancipatio*; *in iure cessio*; *acceptilatio*; *transcriptio nominum*; *agere per aes et libram*; *stipulatio*” (p. 696)

nec mancipi, pasó a ser el modo universal de transferencia para todos los bienes, sin importar su categoría.

3.2.2. Consolidación de *traditio* como único modo de transferencia.

La consolidación histórica de la *traditio* va aparejada al abandono paulatino de la oralidad y el recurso a la *scriptura* en las prácticas jurídicas. Sobre las causas de este transformación la doctrina no es pacífica, pues unos sostienen que se trató de una evolución interna propia, mientras que otros consideran que fue por influencias greco-orientales, quienes eran más tendientes a apoyarse en la prueba documental respecto a los negocios jurídicos. Dada la coincidencia con la helenización de la cultura romana lo más probable es que se trató del segundo factor (Soza y María 2001, p. 699-701).

Diez-Picazo y Gullon (1997), se añan a la tesis precedente, pues entiende que los sistemas de transferencia que en un principio eran formas ritualistas y harto solemnes, impulsados por el tráfico comercial evolucionaron hacia una adquisición de la propiedad apegándose al fenómeno posesorio, llegando a establecerse el traspaso posesorio como el fenómeno determinante de aquella adquisición y la transmisión. (Vol. III, p. 64). En cualquier caso, durante el derecho Justiniano la forma empleada para transferir la propiedad es simplemente la *traditio*, sin consideración adicional alguna al fin que se propone (Savigny, 1879, T. III, p. 72)

Según Hugo (1850) la *traditio* es el modo de transferencia más notable, pero a su vez, la que más interpretaciones equívocas ha generado. Aun cuando se sabe por Gayo y Ulpiano que, según la naturaleza de la cosa enajenada, la *traditio* producía o la propiedad natural o la propiedad romana, resulta indescifrable qué era en el tiempo de los Decenviros⁵⁰. Los redactores de las instituciones ni siquiera hicieron referencia a

⁵⁰ Parece ser que Navarro *et al* (1842), hicieron una copia sin cita del fundador de la Escuela Histórica, pues escribieron que:

“Entre las maneras naturales de adquirir la propiedad, ninguna es más notable, ni ha dado lugar a tantas falsas interpretaciones, como la tradición. Aunque sepa muy bien por Gajus y Ulpiano, según la misma naturaleza de la cosa que se trasmítá, la tradición daba ya la propiedad romana, ya la propiedad natural, sin embargo, es difícil terminar lo que es este medio de adquisición era en tiempo de los decenviros. Las instituciones nos enseñan que estas leyes contenían, como principio de derecho general, que el comprador no adquiriera la propiedad de la cosa comprada o transferida, sino después de haber pagado su valor, o de haber satisfecho al vendedor de otro modo. Más como en

la *mancipatio*, entonces es impensable en aquella época la referencia a la *traditio* que fue considerada su opuesto; tampoco se puede inferir que Festo hubiera afirmado que *trans* y *dare* estuvieran por otra intermedia en los plebiscitos. A pesar de ello los pasajes de Ulpiano permiten inferir que la tradición en su época ya era mencionada como el modo de adquisición de cosas *nec Mancipi* (p. 83).

Ourliac y De Malafosse (1960) ofrecen la definición más lúcida y la más simple acerca de la *traditio*. Indican que “*es la entrega de la cosa enajenada, entrega efectiva de la posesión*”. Consideran que es un gesto natural de enajenación asociada a la idea de traspaso a manos y en poder del adquirente (*accipiens*). Mitteis aseveró que su uso no podría haber sido de un procedimiento exclusivamente romano, más bien es probable que se tratase de un acto instintivo que fuera usada por todos los pueblos, es la razón por lo que la *traditio* no es un instituto que se hubiera generado en el seno del *ius civile*, sino en el del *ius gentium* y estaba permitida para los *res nec Mancipi*, también para aquellas personas carentes del *commercium*, usualmente los peregrinos. En la *mancipatio* o *in iure cessio*, como actos solemnes y abstractos ya estaba implícita la intención de transferir y adquirir, en la *traditio* en cambio, se derivaba del convenio previo (una venta, por ejemplo) que acompañaba a tal acto material. Se percibe entonces que la transferencia operaba por la concurrencia de un elemento material (entrega) y otro elemento psicológico (p. 524).

La ascendencia del derecho de gentes es explicada en el pasaje de Gayo recogida en el libro XLI, Título I, del Digesto de Justiniano. Él indica que una de las formas de adquisición del dominio es mediante la “entrega”, que es el mecanismo más consonante con la equidad natural⁵¹ porque permite verificar la voluntad del titular a favor de otro, aun cuando aquel hubiera actuado a través de representante (Kriegel, Herman y Osembrüggem, 1897, p. 304).

estas instituciones, los redactores han llamado a sabiendas y con designio la doctrina de la *mancipación*, este pasaje a que nos referimos no puede servir de inducción respecto a la tradición, considerada como un a la *mancipación*, y con tanto más fundamento cuanto que la proposición de que se trata no se encuentra en Gajus. Mucho menos se sigue todavía que tenga fundamento lo que se pretende Festus, que las palabras *trans* y *dare* estaban separadas en los plebiscitos por una palabra interpuesta. Ignoramos, pues, las reglas que por la legislación decenviral se habían establecido respecto de la tradición”. (T II. pp. 81 y 82)

⁵¹ “Sabemos por Gayo que en su tiempo había un modo natural de adquirir (la *traditio*) que producía la propiedad romana” (Gustavo Hugo, 1850, p. 76)

Schulz (1960) prefieren referir a *tradere rem* como un instituto referido a la transmisión de la posesión de una *res*, pero a su vez, se usó para la “*transmisión de propiedad por transmisión de la posesión*” (p. 335). Este autor comienza destacando el carácter bidimensional de la *traditio*, por un lado, entendida como mera transferencia posesoria, por otro lado, como transferencia de la propiedad, luego de ello termina definiendo a la *traditio* en su segunda arista, esto es, modo de transferencia del dominio, como la entrega de una *res* corporal a través de la transferencia de la *possessio* (p. 336).

Se cristaliza entonces que, la *traditio* ostentó una dimensión llamada *nuda traditio* o meramente posesoria y la *traditio* traslativa que es en realidad la *traditio* dominical. Ahora bien, establecer frente a cuál de sus dimensiones estamos en un caso concreto de entrega posesoria, en esencia parece una tarea que no sería de posible realización si no es por la verificación de uno de los presupuestos que más adelante veremos, la intención concurrente de enajenar por parte del *tradens* y adquirir la cosa, por parte del *accipiens* respectivamente, aunque la necesidad de otro elemento como la *iusta causa traditionis* ha despertado también un debate no acabado hasta ahora.

Morineau e Iglesias (2000) desde la categorización de la propiedad en quiritaria y bonitaria, el último, como tutela o creación pretoriana, que luego fue unificada en el período justiniano, nos indica que, además de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, propios del *ius civile*, la *traditio* fue un modo de adquisición del dominio del “derecho natural”, que en buena cuenta es un modo del derecho de gentes, cuya acepción más usual es “entrega” de una *res*, porque, era la forma de transferencia, pero, destaca que debía estar impregnada de la intención de transmitir y adquirir. De ahí, para la autora, emerge que la *traditio* traslativa ostentaba una doble faceta conjuntiva, por un lado, el aspecto objetivo traducida en la entrega de la cosa, por otro lado, el aspecto subjetivo que no viene a ser sino el ánimo de transferir del *tradens* y el ánimo de adquirir del *accipiens* (pp. 122-127).

Navarro *et al* (1842) construyen una peculiar explicación de la *traditio* en su vertiente traslativa. Para ellos, está referido al “abandono” posesorio que efectúa el titular dominical a la *res* para que por tal evento el *accipiens* asuma la cualidad de nuevo propietario, si tal es su voluntad (T. III, pp. 152). La definición del autor no resulta completa, en tanto omite señalar que la *traditio* tiene como evento concurrente la

aprehensión por el adquirente, además, el recurso al abandono no es una opción acertada, pues aquella significativa guarda relación mayor con una conducta inactiva del titular, cuando la transferencia o entrega guarda relación con una conducta activa como sería el dar.

Mientras que la *mancipatio* y la *in iure cessio* fueron procedimientos traslativos apropiados y necesarios para un sistema oral, la *traditio* que antes era excepcional y reservada para bienes fuera del *commercii* y peregrinos, comenzó a ser tomado con cierta simpatía por los nuevos procedimientos escriturarios. Por ello es que Ihering (2001) categoriza a la *traditio* como un acto sin forma de transferencia de propiedad *res Mancipi* en su versión de derecho bonitario, mientras que su aplicación sobre los *res nec Mancipi* lo considera de tiempo dudoso (Vol. 3, p. 618).

Para entender por qué la *traditio* es considerada en roma como modo de adquisición del derecho natural, hay que acudir a Petit (1985), que presenta una perspectiva comparativa respecto a la *occupatio* que es la toma de posesión de las *res nullius*, pero que respecto a los bienes con dueño, sería preciso su abandono, entonces en lugar de este, en la entrega de la cosa concurre la intención de transferir la propiedad a una persona que tiene la intención de adquirirla, de modo que es conforme al derecho natural la traslación, y aquella es la *traditio*. Es notorio entonces que mientras en la *occupatio* interviene sólo una persona, en aquella, intervienen *tradens* que se deshace de la posesión y el *accipiens*, que al recibirla se hace propietario. Advierte que la verificación de la intención es importante porque la entrega sin ella es considerada *nuda traditio*, en oposición a la *traditio* traslativa, es el caso de la entrega a un locatario o depositario (p. 266).

A diferencia de los autores citados hasta aquí, Cuenca (1996) es de la opinión que el concepto romano de la *traditio* es un tema no resuelto por los jurisconsultos, no sólo por la ausencia de fuentes jurisprudenciales, pero especialmente por la deliberada omisión de los juristas en formular definiciones, pues el mismo Javoleno (*D. 50.17.202. 11 epist*) habría escrito “*En Derecho civil, toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada*” (p. 26). Coincide con todos los autores respecto a que la *traditio* en el período clásico fue de utilidad sólo para las *res nec*

mancipi, más no era aplicable respecto a las *res Mancipi*⁵², sin embargo, en los tiempos justinianos se suprimió tal clasificación de las cosas, además, el uso de la escritura que reemplazaba al derecho fundada en la oralidad permitieron a la *traditio* consolidarse no sólo como el modo más versátil, único y universal de transferencia en el Derecho Romano, sino también de la posesión. Se apoya en Scialoja para explicar que tal sustitución en el Derecho justiniano fue esencialmente por la inoperancia de los sistemas clásicos frente al incremento desmesurado de las *res nec Mancipi* en comparación a las *res Mancipi* causada por las grandes conquistas, el incremento ostensible de peregrinos, que al final condujeron a la imposición fáctica del *ius gentium* (p. 27).

Si se quiere comprender cabalmente a la *traditio*, no puede obviarse a Savigny (1879), para él, no es sino, el tránsito de la propiedad de una mano a otra, la propiedad nueva o adquirida comienza en el mismo instante en que cesa la anterior, sobre todo, si el *tradens* no ostentaba la propiedad, la del *accipiens* no comienza hasta que aquél fuera realmente propietario, dependencia que no se verifica en las adquisiciones vía usucapión, es decir, como en la *traditio* es manifiesto el vínculo de dependencia entre el primer y segundo derecho, inclusive se ha creado una expresión técnica, la *successio* (T.II. p. 153).

Serafini (1927) trata de sintetizar la *traditio* como el acto de traslación de la posesión (obviamente, de la cosa) de un sujeto a favor de otro, resultando el modo más relevante de adquisición a título singular, puesto que, en el Derecho romano la mera voluntad enajenatoria es insuficiente, por lo contrario, se requería de la trasmisión de la posesión (p. 387).

A pesar de la simplicidad conceptual como lo han presentado los autores hasta ahora referidos, (Cuenca 1996) muestra que estamos frente a una institución jurídica más compleja, pues si bien hay unanimidad en la idea que la tradición es, en primer lugar, trasmisión posesoria, sin embargo, aquella sólo es una de sus facetas, esto es, no es

⁵² “Si el objeto era una *res Mancipi* tenía lugar efectivamente este acto, porque entonces, la tradición no transfería la propiedad. Pero también podía aplicarse a una *res nec Mancipi*; en efecto, aunque la forma de la tradición bastase para transferir la propiedad, *dare* tenía una mayor trascendencia que *tradere*. El *tradere* podía efectuarse, aunque la cosa perteneciera a un tercero, en cuyo caso, no había *dare*” (Savigny, 1879, TIII. p. 379).

nada más que su forma de manifestación de toda la complejidad de acto dispositivo que es su naturaleza en sí. Con Voci precisan, la tradición ostenta naturaleza jurídica, a pesar de su estructura fáctica, pues no es un mero acto material, más bien es un auténtico acto de disposición de cosas que presupone una serie de requisitos, sobre las cuales la doctrina no haya alcanzado consenso sobre aquellos requisitos es una cuestión aparte incapaz de subyugar su naturaleza dispositiva. Cristaliza la idea, resumiendo que la *traditio* no puede ser concebida como mera entrega que acompaña al negocio jurídico obligatorio en que descansa la fuerza transmisiva, más bien, el negocio obligatorio previo es un elemento integrante de la tradición traslativa identificada como *iusta causa*, dado que la *traditio* entendida en su naturaleza compleja, es el único acto de disposición derivativa. Es que como sostiene Vila, la conjunción de tradición más la *iusta causa* no es lo mismo que contrato más la tradición (pp. 29-32).

Requisitos de la *traditio* traslativa.

Hay consenso en los autores respecto a que la *traditio* traslativa exigía ciertas condiciones, requisitos o presupuestos. Soza y Rodríguez (2001), enfatizan que, opera como modo de adquisición de dominio, sólo y sólo si, (i) es practicada por el dueño, (ii) mediando justa causa y (iii) que la entrega sea material o corporal. Si se verifica estas condiciones, el adquirente pasa a ser titular dominical de la *res* objeto de la enajenación. Pone especial atención en que, tanto en el derecho romano como en el derecho moderno, el *tradens* debe ser propietario de la cosa (p. 695).

Para algunos autores, el presupuesto también es que el objeto sea *res nec mancipi*. Éste requisito lo descartamos, porque como ya hemos tomado nota en líneas precedentes, en la época imperial y para los tiempos de Justiniano, la *traditio* se erigió como el mecanismo universal de transferencia respecto a todas las *res*, especialmente porque se suprimió la diferencia, en consecuencia, agregar éste requisito resulta ya innecesario.

Las romanistas españolas (Cuenca, 1996, pp. 33-53) y (Pérez, 2006, pp. 214-224) coinciden en que la *traditio* para que haga posible la transferencia del dominio debía

reunir, inexorablemente, cuatro requisitos que a continuación se explicarán. Sin embargo, es importante dejar sentado que hay autores que consideran sólo dos requisitos, es el caso de (Petit, 1986) que considera, como uno de los requisitos, la intención de enajenar y adquirir, y el otro requisito, la remisión de la posesión, pues según él, por ejemplo, la cualidad de propietario y la capacidad de enajenar en el *tradens*, no tienen nada de particular, por lo contrario, es una exigencia común a todos los modos de transferencia (p. 267).

(i) El **primer requisito**, exige del *tradens* que ostente el **poder de disposición** respecto de la *res* objeto de la *traditio*, en resumidas cuentas, este requisito exige que el *tradens* sea el *dominus*. Exigencia que se deriva de las fuentes de Ulpiano y Gayo:

D. 50.17.54, “*nadie puede transferir a otro más derecho del que él tiene*”, el D. 41.1.20 “*la tradición de una cosa no debe ni puede transferir al que lo recibe más de lo que tiene el que entrega. Así, pues cuando uno tenía la propiedad de un fundo, la transfiere mediante la entrega, pero si no la tenía nada transfiere al accipiente*” (sic.)

Gayo nos aclara que la *traditio* podía ser efectuado por el mismo *dominus* o a través de otros:

“*Más no importa que el mismo dueño entregue por sí sola cosa a otro, o que alguno la entregue con voluntad de aquél. Por cuya razón si alguno le hubiera sido permitida la libre administración de los negocios por el que marcha de viaje, él hubiera venido y entregado alguna cosa de los negocios, la hace del que la recibe*” (Gayo, cit. por Kriegel y Osembrüggem, 1897, p. 304)

Si el *tradens* carecía de poder de disposición, obviamente el *accipiens* no adquiriría más que la posesión y la propiedad *bonitaria*, desde lo cual, la *traditio* imperfecta no será útil más que para la usucapión, pero según autores con posiciones más duras aquellas enajenaciones serían nulas y de ningún efecto⁵³.

⁵³ Sin duda, también se advierte posiciones más duras al respecto, *verbi gratia*, “La propiedad de una cosa no puede transferirse por tradición si no es por aquel que realmente es dueño de la misma, y

Por otro lado, el requisito del poder de disposición del *tradens*, también presupone su capacidad de disposición, pues, a pesar de ser *dominus* no podían enajenar por sí mismos los locos, los pródigos, los *alieni iuris* y los pupilos requieren ejercerlo con anuencia del tutor (Cuenca, 1996, 35).

- (ii) El **segundo requisito** es la transmisión de la posesión o entrega material. Se confunde la entrega posesoria con la *traditio*, pero desde que se concibe con claridad su función traslativa (tradición como derecho), la *traditio possessionis* pasa a ser sólo uno de los requisitos de la *traditio dominii*; para ser más precisos, es el acto material de manifestación del acto dispositivo, en palabras de Windscheid, “*La voluntad dirigida a dar y recibir el derecho sobre la cosa, debe encontrar su expresión en el dar y recibir el cuerpo de la cosa*” (Cuenca, 1996, p. 35).

La entrega corporal también es afín a la idea de aprehensión efectiva de la cosa en nombre propio, una manifestación exterior de la intención recíproca de las partes de transferir y adquirir, pues la sola intención es insuficiente, en buena cuenta “*se realiza ésta por todos los modos a virtud de los que se adquiere la posesión*” (Serafini, 1927, 388).

Tal como otros autores, (Pérez, 2006) restringe la exigencia de entrega corporal a la época clásica, en el que la *traditio* debía ser realizada vía aprehensión para los bienes muebles (*contrectare, loco movere*) y a través de la puesta en posesión respecto a los inmuebles (p. 214). Si bien la *traditio* era un acto de disposición sin formalidades rigurosas como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, la transmisión real de la posesión fue imperativa, en otros términos, el poder físico sobre la cosa fue uno de sus elementos trascendentales, en tanto, en aquella época, era inconcebible la transferencia dominical por el mero convenio de las partes (Schulz, 1960, p. 887).

puede disponer libremente de ella. Así, pues, la enajenación y la tradición no transfiere la propiedad alguna a aquel que recibe la cosa cuando son hechas por el que NO es propietario de ella a menos que en adelante sea o por causas particulares, esté autorizado para su enajenación. La enajenación y tradición hechas, por el que carece de la libre disposición de la cosa, son nulas y de ningún efecto” (Navarro et al, 1842, p. 152).

En sus inicios, la entrega corporal era una exigencia con fines publicitarios, tesis que sin embargo es negado por varios autores como Scialoja, quien considera que no es posible atribuirle tal fin, si con el proceso de espiritualización posterior, más bien, se convirtió en un medio clandestino, además, que la posesión no publica nada, su finalidad es simple, el de situar al *accipiens* en un goce efectivo del derecho. La *traditio dominii* se estructuró sobre el sustrato de la *traditio possessionis* (Cuenca, 1996, p. 36).

Petit (1986) complementa que voluntad enajenatoria de las partes no es suficiente en el Derecho romano para la transferencia, es preciso que manifieste a través de una señal exterior, aquí la remisión de la posesión es una señal del dominio, pues según el derecho natural, para transferir la propiedad, el *tradens* debe entregar al *accipiens* la posesión de la cosa, viene a ser el elemento material de la *traditio*, por aquella razón se aplicaba solo respecto a las cosas corporales. La remisión de la posesión consistía en la puesta de la cosa a goce del *accipiens*, las cosas muebles mano a mano, en cambio si se trataba de inmuebles, “*era suficiente con conducirlo allí*” o mostrarle desde un lugar elevado (p. 269).

Aún con las particularidades de cada autor, queda claro que la entrega material de la cosa es un elemento de exteriorización de la voluntad adquisitiva de las partes que no tendrá pleno efecto sino cuando el *accipiens* haya tomado el control de la *res* con el consecuente goce que importa aquel señorío se manifiesta pues la practicidad y sencillez en los usos jurídicos romanos.

Los autores también coinciden en que en el Derecho romano posclásico, por la influencia del derecho helénico, la *traditio* fue espiritualizándose⁵⁴, a tal punto que, en el Derecho justiniano, las diversas formas de *traditio ficta* fueron reconocidas y practicadas con tendencia ya hacia una trasmisión consensual.

El papel de la posesión en la transferencia comenzó a pasar a un segundo plano, como consecuencia de la disminución de la importancia del *corpus* en beneficio

⁵⁴ “Por otra parte, la *traditio* experimentó modificaciones al sustituirse la transmisión real de la *possessio* por actos simbólicos (*traditio ficta*) y hasta por el simple convenio. Por su puesto, este proceso, se consuma mediante la interpolación de los textos clásicos, si bien es verdad, que estas interpolaciones no son tan numerosas como era de esperar” (Schulz, 1960, p. 337)

del *animus* que fue evolucionando desde la época clásica al Bajo Imperio. Ficción, símbolo y abstracción convirtieron a la *traditio* más en un fenómeno intelectual que material, entre las más conocidas datan: la *traditio brevi manu*, *traditio longa manu*⁵⁵, la *constitutum possessorium*, la *traditio symbolica* consistente usualmente en la entrega de llaves o de un escrito (Ourliac y De Malafosse, 1960, p.525).

Savigny (1879), desde la óptica de la donación explica que la *traditio* puede revestir formas específicas. (*) El donatario seguir ocupando la cosa que tenía ya en su poder en virtud de otro título; (**) por la *missio in possessionem*, el *accipiens* puede tomar por sí sólo la posesión de la cosa como si el donante se lo hubiera entregado personalmente; (***) finalmente, por medio de la *constitutum possessorium*, en el cual, el donante reconocerá que posee la cosa en nombre del donatario, asumiendo, además, su representación (T. IV, pp. 72 y 73).

Enseña Mousourakis (2012) que la *traditio brevi manu* (short-handed delivery)⁵⁶ operaba cuando el *accipiens* ya ostentaba posesión previa de la cosa pero no a título de *dominus*, sino, por ejemplo, como arrendatario, al efectuarse la variación de su título por otro con aptitud dominical (usualmente la *emptio venditio*), se consideraba innecesaria la devolución y la entrega física repetida, salvándose a la *traditio* corporal con una ficción, pues al fin y al cabo, el *accipiens* ya tenía el goce de la *res* (p. 133).

El propio Digesto de Gayo es explícito al respecto:

“A veces basta para transferir una cosa la nuda voluntad del dueño aun sin la entrega; por ejemplo, si yo te hubiera vendido la cosa que te di en comodato o en arrendamiento, o que deposité en tu poder, porque aunque yo no te lo hubiera entregado por virtud de esta causa, sin embargo, por lo mismo que consiento que esté en tu poder por causa de compra, la hago tuya” (Kriegel, Herman y Osembrüggem, 1897, p. 304)

Savigny (1879) añadió otro ejemplo de *traditio* ficta, desde la perspectiva de la donación entendió que, en los supuestos de ausencia de poder de disposición o

⁵⁵ “En ella no hay entrega material del objeto, sino que se indica a distancia de modo que se aprehende oculis et adfectu. Sin embargo, en relación con esta modalidad de entrega varios textos exigen que el objeto esté presente (in praesentia o in re praesenti) o que la entrega de llaves se haga frente al edificio (apud horrea) o que el fundo transmitido esté contiguo a mi fundo” (Pérez, 2006, p. 214)

⁵⁶ “Occurred where the intended transferee already physical control of the thing whose ownership was being transferred, but not as an owner (...)” (Mousourakis, 2012, p. 133)

propiedad del donante, en nada influye sobre el derecho del auténtico propietario, salvo que éste lo consienta o lo ratifique, en cuyo caso, el donatario adquiere inmediatamente el dominio; además, “*se supone que, por una brevi manu traditio el propietario se la había transmitido de antemano al donante*” (T. III, p. 75).

Ourliac y De Malafosse (1960) consideran que la *traditio brevi manu* importa la inversión de los títulos, tal es el caso del *dominus* que enajena al arrendatario que ocupa. Si bien la compraventa no es más que un acto que genera la obligación de entrega de la posesión a título dominical, pero el arrendatario ya no precisa de esa entrega material, porque ya lo tiene, teóricamente significaría que el arrendatario devuelva al propietario la posesión que venía ejerciendo a título de arrendamiento, para que este le vuelva a entregar, pero esta vez a título dominical. Para evitar aquella doble tradición estéril, se optó por que el arrendatario seguirá en la casa. Como se aprecia, la *traditio brevi manu* no suprime la posesión material como elemento de la *traditio*, es que la posesión material, el *corpus* del arrendatario, se mantiene inalterable, sin embargo, por la venta, su título posesorio o su *causa possessionis* ha variado (p. 441). Es decir, antes poseía por cuenta de otro, ahora posee por cuenta propia.

Soza y Rodríguez (2001) tienen una opinión disidente, pues consideran que la *traditio brevi manu* y *longa manu*, ya aparecían en la época romana clásica, pero consideran poco probable que en aquella época se haya conocido la *constitutum possessorium*, sin embargo, también reconocen que es un tema muy discutible que en el Derecho oficial, en la época posclásica se haya aceptado, la práctica de estas formas ficticias de tradición (p. 701)

La cita de Pomponius “*si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fie tua, quamvis possessio apud me nos fuerit*”, recogida y traducida por Serafini (1927) aclara la naturaleza de la *traditio brevi manu*, en el entendido que si el *accipiens* ya detentaba la posesión de la cosa en nombre propio, el reconocimiento por el *tradens* de aquél *status quo* hacía operar la transferencia, en cambio si el adquirente detentaba la posesión en nombre del *tradens*, basta que éste consienta la posesión para sí (p. 389). Parece claro que la *traditio ficta* no significó la

supresión de la entrega corporal de la cosa, más bien, es la variación del status posesorio del que ya lo tiene por haberlo adquirido.

La autora Pérez (2006), esboza la misma concepción: es una categoría de *traditio* referida a las situaciones en los que el *accipiens* ya posee la cosa a razón de un título anterior y diferente al de la transferencia, el caso típico es la adquisición por alguien que poseía como arrendatario. A diferencia de Soza y Rodríguez, postula que esta forma de *traditio* no fue vista con agrado por los juristas clásicos, una facción de ellos, los denominados proculeyanos consideraban posible que el acuerdo de enajenación por sí misma podía transferir el dominio, los sabinianos contrariamente, establecieron el *loco movere* o *el contrectare* como condiciones para la transferencia de la posesión o del dominio de la *res*. Según la autora, en las citas de Gayo es explícita la transferencia dominical *nuda voluntate*, esto es, *sine traditione* (p. 214).

La *constitutum possessorium* fue todo lo opuesto a la *traditio brevi manu*, está referida a los casos en los que el enajenante y adquirente hacen un acuerdo suplementario o adicional por el cual el enajenante seguirá ocupando el inmueble, pero por un título posesorio que le concedía ya el nuevo adquirente, se explica bien, con el ejemplo que el *accipiens* permite que el enajenante siga ocupando el predio en virtud a un contrato de arrendamiento, entonces, por ficción se entiende efectuado la *traditio* traslativa a favor del *accipiens*, a su vez, el enajenante queda como mero tenedor⁵⁷.

Serafini (1927) también se ocupa del tema y lo hace con bastante claridad, se refiere, según dice, a los casos en los cuales la transferencia se efectúa con retención de la posesión en nombre del adquirente, a favor del transferente, si por ejemplo el transferente toma la cosa en arriendo para que lo siga usando, para simplificar esa operación compleja que significaría la entrega al adquirente y la

⁵⁷ “This method pertained to the case where the persona wishing to alienate a thing remained in physical control of the thing after the alienation because of a supplementary agreement with the new owner. In such case it was conceded that possession and therefore ownership of the thing passed even though there had been no physical transfer at all. This occurred, for example, when the person who sold a tract of land remained in possession of it because he had agreed with the buyer that he would continue in occupation as a tenant. Once again, the bare will (*nuda voluntas*) of the parties was sufficient to transfer ownership” (Mousourakis, 2012, p. 133).

devolución por éste al transferente pero ya en concepto de arrendamiento, la tradición se realiza sólo por convención, siendo suficiente que el transferente retiene la posesión pero ya a favor del adquirente (p. 389).

Ourliac y De Malafosse (1960) hacen notar que la *constitutum possessorium* se coloca en el ámbito puramente contractual, pues en este caso, el poseedor lejos de ganar mayor grado desde la apariencia posesoria, lo disminuye en beneficio de otra persona, pues a pesar que poseía a cuenta propia y exclusiva, a partir de entonces, detentará la posesión por cuenta de otro. Señala como ejemplo, al *dominus* y ocupante de una casa que lo transfiere mediante venta, pero retiene la posesión material por usufructo. (p. 441).

Pérez (2006) con apoyo en fuente directa confirma las tesis precedentes: el *tradens*, enajena la cosa que lo ocupa, pero a su vez lo retiene en su poder en virtud de otro título no dominical, por ejemplo, el comodatario. A pesar que hay voces que niegan su uso y reconocimiento en la época clásica estaría expresada en varios pasajes de Digestos, así el D.41.2.18 (Cels. L. 23 digest.) y D.41.2.21.3 (Iavol. 1.7 ex Cas.), además, en la época de Teodosio tuvo un pleno reconocimiento (p.214).

A propósito, el D.41.2.18, atribuible a Celso 23 dig. Reza:

“Puedo “empezar a poseer en nombre de otro lo que estoy poseyendo en el mío propio, y no cambia con ello la causa de la posesión por mí y ante mí, sino que dejo de poseer yo y me hago mediador de una posesión ajena, pues no es lo mismo poseer uno que poseer en nombre ajeno, ya que posee aquel en cuyo nombre se posee y el procurador hace de mediador de la posesión ajena” (Cit. Cuenca, 2006, p. 37).

Buckland y McNair (1994) se añan a la misma descripción sobre la *constitutum possessorium*: era usado cuando el transmitente tomaba la cosa enajenada ya en condición de arrendatario, en cuyo caso se prescindía de la entrega de ida y vuelta, es decir, la posesión pasa sin entrega física (p. 119).

La *traditio symbolica* consistía en lugar de la cosa que se estaba enajenando, se entregaba un objeto que lo simbolizaba, es decir, no se realizaba entrega propiamente de la cosa, sino de un elemento representativo, usualmente las partes practicaban esta forma de *traditio* consignando en un documento el acuerdo, el cual se entregaba al *accipiens* como símbolo del objeto adquirido. El imperio

tardío se caracterizó por la tendencia de reducción de los actos jurídicos a la escritura llegando a generalizarse y para los tiempos de Justiniano los documentos fueron generalmente adoptados en la práctica legal como un sinónimo de la transferencia de dominio, inclusive, ya se consideraba que la esencia de la transferencia descansaba en el acuerdo de las partes, como quiera que el acuerdo se plasmaba en el documento, la transferencia de propiedad llegó a ser identificado con la entrega del documento (Mousourakis, 2012, p. 133-134).

La máxima expresión de la espiritualización en la transmisión posesoria, asume Cuenca (2006), fue la *tradición chartae o documental*, que inclusive fue regulada en la Constitución de Severo y Caracalla (C. 8.53.1), habiéndose establecido expresamente que con la entrega de los documentos se entiende hecha la tradición de los esclavos. Riccobono sostiene que, en el Derecho justiniano, se habría prescindido de la *traditio* para el traspaso de la posesión, instaurándose como principio general la transferencia dominical por mero consentimiento. Ruiz considera que los notarios locales, sustituyeron a la entrega material por la entrega del documento que contenía el acto de enajenación, el mismo autor, infiere que la desmaterialización del elemento corporal o posesorio, que fue llevada por Justiniano a su máxima expresión, en tanto instauró la entrega posesoria en el otorgamiento de acta pública, desde lo cual, la sola declaración documental precedida del contrato, transfería la propiedad, prescindiendo de la entrega material. Gallo es concluyente en señalar que para la transmisión inmobiliaria, la declaración documental pasó a ostentar valor constitutivo, pues *mancipatio* y *traditio* se manifestaba hecho por declaración en el mismo (pp. 37-38).

Así pues, un importante sector de romanistas abrazan la tesis que considera a Justiniano como el instaurador del sistema de transmisión de la propiedad por el simple consentimiento con prescindencia de la entrega material o *traditio* posesoria, convirtiendo en regla lo que antaño era una modalidad inclusive más restringida que excepcional. Aunque es importante precisar que más que de transferencia por simple consentimiento, hablamos de *traditio* a través de símbolos, declaraciones y oficios administrativos y por el contrato suscrito con la misma eficacia que la tradición (Pérez, 2006, p. 215)

¿La práctica de distintas formas de *traditio ficta* significó la transferencia consensual de la propiedad?

Originariamente, señalan Diez-Picazo y Gullon (1997), que el traspaso posesorio fue un fenómeno que tenía una ligazón causal con los negocios jurídicos que además de precederle también eran los que le justificaban jurídicamente; luego, ya en los tiempos últimos del Derecho se generaron dos fenómenos que alteran el sistema inicial, además, originaron dos concepciones de la *traditio*, la primera, referida a su espiritualización o prescindencia de traspaso posesorio y, la segunda, referida a que la mera voluntad de las partes, desconectada de las causales que pueda tener con los precedentes negocios celebrados por las mismas era suficiente para producir la transferencia jurídico real del dominio sobre la cosa. Jamás se resolvió si ambas vertientes de espiritualización fueron excepciones a la *traditio* corporal o si por lo contrario fueron la instauración de un nuevo principio por el cual mero consentimiento pasó a ostentar aptitud traslaticia sobre la propiedad inmobiliaria (Vol. III, p. 64).

La *constitutum possessorium*, no fue consecuencia de una evolución ni construcción razonada de los juristas romanos, no al menos para Ourliac y De Malafosse (1960), aquellos no creyeron en la excelencia del consensualismo como principio traslativo, a pesar de sus ventajas y su versatilidad en numerosos casos, el realismo siguió siendo la base del sistema contractual, presente inclusive en las recopilaciones bizantinas (p. 442)

Ninguna de las formas significó, como aclara Sohm, que el consenso de voluntantes del *tradens* y del *accipiens* ostente suficiencia para la transferencia del dominio, sucede que a la vez que se formula la declaración de voluntad, también se produce un cambio en el poder de hecho que se ejerce sobre la cosa, en definitiva, mientras no hay variación de la posesión —que es lo que constituye la entrega— no hay transferencia de dominio. Las tradiciones fictas, por consiguiente, no variaron ni alteraron el principio de la ausencia de aptitud traslaticia del mero acuerdo contractual (Gaete, 1992, p. 72).

Como se ha podido apreciar, en la historia del Derecho romano, el elemento medular de la transferencia dominical es la puesta en goce, el pragmatismo y realismo, la *traditio* corporal es su elemento rector, la *traditio ficta*, no supuso la supresión de la entrega corporal, en la *traditio brevi manu* el adquirente ya poseía la cosa, ya detentaba el goce, de modo que no es necesario ni posible hacer una entrega material de algo que tiene en su poder el adquirente, la *traditio* queda suplida con la posesión actual que ya detentaba, lo mismo en la *constitutum possessorium*, cuando el enajenante que toma la cosa en usufructo, no es posible ni necesaria esa operación de entrega corporal y devolución simultánea, porque el enajenante lo seguirá poseyendo, la posesión sigue jugando un papel trascendental en la transferencia.

- (iii) Divergencias sobre el carácter causal o abstracto de la *traditio* como condicionantes de la *iusta causa traditionis* y el *animus transferendi et accipiendi domini*.

La *mancipatio*, como la *in iure cessio*, eran actos jurídicos ritualísticos, que operaban la transferencia de propiedad por la mera declaración de la fórmula, sin expresión de la causa por la cual mutaba el derecho de propiedad del enajenante a favor del adquirente. La doctrina romanística discute si la *traditio traslativa* también ostentó esa naturaleza o por lo contrario ostentó una naturaleza causalista⁵⁸.

Tiene razón Schulz (1960) cuando afirma que a pesar de ser un viejo problema, no está resuelta la cuestión sobre si en el Derecho clásico se exigía o no la *iusta causa traditionis*, dado que las fuentes de los que se dispone están interpoladas, el Dig. 2.20 de Gayo no ofrece ninguna claridad que permita resolverlo, desde lo cual, resulta imposible alcanzar una *communis opinio doctorum* sobre aquella (p. 336).

⁵⁸ “El problema de qué es la justa causa para el Derecho romano es uno de los más discutidos. Las fuentes que se conservan en el *Corpus iuris* recogen soluciones variadas y contradictorias que reflejan las líneas fundamentales de la evolución de la *traditio*. La doctrina científica, por su parte, heredera de aquella incerteza, ha dado multitud de opiniones desde la Glosa hasta nuestros días” (Pérez, 2006, p. 216)

No es casual, que como veremos más adelante, los sistemas contemporáneos de transferencia matrices se hayan gestado como consecuencia de la particular interpretación de los autores romanistas dieron soporte teórico a cada uno de ellos.

Algunos quienes sostienen que durante la compilación justiniana, los juristas hicieron interpolación⁵⁹ de la *traditio* en lugar de las figuras clásicas, especialmente de la *mancipatio*. Este hecho, aunado a la falta de material clásico auténtico, llevó a que los romanistas posteriores, desde la Edad Media en adelante construyeran polémicas y opuestas perspectivas sobre la naturaleza causal o abstracta de la *traditio*. Un amplio sector de romanistas considera que la *traditio* para que ostente aptitud traslativa requería de una *causa traditionis* o *iusta causa* (*emptio venditio* o *donatio*) que sea el soporte o la justificación de la transferencia dominical. En cambio, otro sector considera que la potencia traslativa descansa en la misma *traditio*, de modo que la transferencia opera independientemente de la *iusta causa*, por el sólo mérito del *animus transferendi dominii*.

Los que asumen la tesis causalista, como es el caso de Cuenca (2006), consideran que además de la entrega posesoria o material, resulta imperativo un acto de voluntad del dueño, que acredite su *animus transferendi dominii*, pues la sola entrega posesoria puede obedecer a diversos fines y no necesariamente dominicales, por ejemplo, de comodato o el arrendamiento, por ello, para identificar que se está frente a una *traditio dominii* y no frente a una mera *traditio possessionis*, en términos de Grosso, se precisa verificar el fin que justifica el traspaso de la propiedad, ese fin preciso, según Ursicino, es transformada por el Derecho objetivo en el fundamento jurídico de la adquisición. Desde esa perspectiva, la *traditio dominii* debe ir precedida de una *iusta causa* (cit. p. 41-42).

El problema, a los ojos de Pérez (2006), tiene su origen en la propia compilación justiniana que en unos pasajes es considerada como un negocio jurídico abstracto, y otras veces, como negocio jurídico causal, ello por cuanto, según

⁵⁹ “(...) Los compiladores justinianos interpolaron los textos en que aparecían los términos *mancipatio* o *in iure cessio*, sustituyéndolos sistemáticamente por tradición, colocando, por tanto, en el lugar de un negocio abstracto otro de carácter causal” (Pérez, *ibidem*)

algunos fragmentos la *iusta causa traditionis* es el negocio jurídico precedente a la *traditio*, mientras que, en otros casos, la *traditio* produce efectos traslaticios a pesar de la inexistencia o nulidad del negocio jurídico previo (p. 216).

Tanto causalistas como los que optan por la tesis abstracta, están de acuerdo con que la *traditio* presupone del *animus transferendi et accipiendi dominii*, esto es, voluntad de transferir y adquirir el dominio, respectivamente, sin embargo, la discrepancia está en si aquella voluntad es suficiente por sí misma o devenía de una *iusta causa* que lo soporte (Cuenca, 1996, p. 43).

Para tener mayor claridad, la discusión no versa sobre si era o no necesario el elemento volitivo (*animus transferendi et accipiendi dominii dominii*) para la *traditio* traslativa, más bien, la discusión versa sobre dónde situamos aquél elemento, si como elemento integrante del negocio obligatorio (v.g. *emptio venditio*) que precede a la *traditio* o más bien como un elemento propio de esta última que al final de cuentas lo desligue o desvincule de la *traditio* misma. Un ejemplo permitirá explicarlo mejor: si A desea transferir a B una cosa ¿Será suficiente que efectúen la *traditio* con ánimo de transferir y adquirir respectivamente para que opere la transferencia a favor de B? Vale decir ¿Sin necesidad de un negocio jurídico previo —v.g. la *emptio venditio* —? O por lo contrario ¿Será necesario que A y B celebren *emptio venditio* como requisito *sine quanon* para que con la *traditio* opere la *translatio dominii*? Los romanistas que se adhieren a la última interrogante asumen la tesis causalista de la *traditio*, mientras quienes consideran innecesaria la *iusta causa* lo consideran abstracto. La cuestión debatida también abre otro asunto, si la *traditio* específica es un negocio jurídico o un mero hecho jurídico de ejecución al negocio previo.

(*) La concepción causalista.

Los juristas clásicos exigieron la *causa traditionis*. Schulz (1960) entiende por tal como el acuerdo de las partes acerca de la finalidad de la trasmisión —suponemos se refiere a la trasmisión posesoria—, lo que en buena cuenta significa la exigencia de que a la *traditio* traslativa se hacía previa *venditionis causa*, *donationis causa*, *dotis causa*, *solutionis causa*, *mutui causa*, pues sin aquella causa, la *traditio*

carecía de validez, además de ello no se requería otra causa, además, si la *traditio* provenía de *venditionis causa*, la transferencia dominical no estaba condicionada al pago efectivo del precio (p. 336-337).

Una de las entusiastas adherentes a esta vertiente es Pérez (2006), para ella, los pasajes fuera de la compilación justiniana, dan cuenta que el Derecho romano clásico construyó la *traditio* como un mecanismo causal, lo confirma especialmente la literatura escolástica libre de sospechas de interpolación, su tesis lo apoya en los pasajes atribuibles Ulpiano y Paulo:

“Ulpiano, *Regulae*, 19.3.7. La tradición es la enajenación propia de las cosas no mancipables. El dominio de estas cosas lo adquirimos por obra de la misma tradición; conviene saber: si nos han sido entregadas por una **justa causa**” (p. 216)

“D.41.1.31 (Paul. l. 31 ad ed.): La simple tradición nunca transfiere el dominio, a **no ser que le preceda una venta o cualquier otra causa justa** por la cual se realizara la tradición” (p. 217)

Para la autora, de aquellos pasajes se desprende la necesidad de dos elementos para la eficacia traslativa de la *traditio*: *iusta causa traditionis* y la *traditio*. Sin embargo, aún se desprende otro problema, el de la causa próxima y causa remota, la primera considera que la justa causa radica en el negocio jurídico que la precede (v. g. *venditio*) a la *traditio* de la cual este no es más que su cumplimiento, en tanto que para quienes hablan de la causa remota, la justa causa es el negocio que se concluye entre las partes en el momento de la tradición y posterior al negocio obligatorio, por lo que la justa causa aquí viene a ser el pago o *solutio* y el negocio obligatorio previo es puramente accidental (Pérez, 2006, pp. 218-219).

De acuerdo con aquellos, entonces la *traditio* debe tener por fundamento un motivo jurídico, es lo que se llama la *causa traditionis* que se expresaba en la razón por la cual se efectuaba la *traditio*, sea ésta la donación, *solutio*, sin embargo, ello no significa que se constate por qué uno quiere transferir y el por qué el otro lo adquiere (Serafini, 1927, p. 391)

Existen autores más enérgicos sobre la inexorabilidad de la *iusta causa* para que la tradición transfiera la propiedad, así Navarro *et al* (1842) acotan que la tradición

aun cuando sea hecha por el propietario carece de efectos traslativos a favor de quien lo recibe si no está precedida de *justa causa*, el cual consiste en un acto legal o un hecho cualquiera por el cual se pueda verificar la intención de transmitir la propiedad (p. 152-153).

Como síntesis se puede señalar que los defensores de la tesis causalista creen encontrar el elemento volitivo en el Derecho de obligaciones previa a la *traditio*, significa entonces que la obligación además de ser la *iusta causa*, alberga la intención de transmitir y adquirir el dominio, pues, conforme precisan Beltrán y Onis hablar de aquella voluntad concorde separada de la voluntad contractual es una redundancia, pues esa voluntad es la misma que generó el contrato obligacional, es decir, ya está incorporada en el mismo contrato (Cuenca, 1996, p. 46). La misma autora, entiende que el fundamento se encuentra en las Instituciones de Gayo II.20, D. 41.1.31:

“Así si yo te entregara un vestido o una cantidad de oro o de la plata, a causa de venta, de donación o de cualquiera otra causa, la cosa se hace inmediatamente, siempre que yo sea dueño de ella”

() La concepción abstracta o teoría negativa de la justa causa.**

Esta vertiente reduce a la *iusta causa* al *animus transferendi et acquirendi dominii*, o sea ya no se verificará en el negocio jurídico obligatorio previo; en el fondo, al suprimir el rol del negocio jurídico previo en virtud al cual se efectúa la *traditio*, termina negando la *iusta causa*. Aquella tesis, advino de la interpretación de los textos de Juliano, D.41.1.36, Gayo, D.41.1.9.3, y la Paráfrasis de Teófilo 2.1.40, pero, la elevación a categoría de negocio abstracto, fue obra de Savigny en el S. XIX, que agregó los requisitos de un acuerdo bilateral puro y simple (acuerdo real) y que aquel acuerdo esté desligado y sea independiente a la *iusta causa* (Pérez, 2006, p. 220).

Quien es el más entusiasta intérprete de la versión negativa de causa en la *traditio* es Petit (1985), responde que no es necesaria la causa y no hay duda de ello en el Derecho romano, lo esencial es que la *traditio* sea realizada con el *animus transferendi et acquirendi dominii*, con ello la propiedad pasa al adquirente

aunque la causa precedente a la *traditio* fuera falsa o ilícita. Ofrece dos ejemplos, el primero la *traditio* efectuada en la falsa creencia de deudor y recibida en la falsa creencia de acreedor, típica tradición sin causa, el acreedor adquiere el derecho de propiedad a pesar de la ausencia de causa, el enajenante entonces no detenta la *rei vindicatio* sino sólo la acción personal de *condictio indebiti* para procurar la retraslación a su favor; misma acción detenta quien otorgó *traditio* por causa ilícita consistente en dádiva para impedir la comisión de un crimen, la propiedad se transfirió a pesar de ello (p. 267) .

Acorde con Ihering (1896), la *traditio* constituye una prueba relativa de la voluntad, pues, el acto exterior, por sí misma no sugiere necesariamente la transferencia de propiedad, más bien, acorde a cada circunstancia, puede estar referida a la mera transmisión posesoria o de la tenencia; por lo contrario, resulta preciso la indagación de la intención de la transmisión de la propiedad, además, éste es un elemento no pasible de ser hallado inmediatamente en el acto exterior mismo (p. 169)

Añade Petit (1985) que, entonces la *traditio* no precisaba de la *iusta causa* para que transfiera la propiedad, sino que era suficiente el hecho que revele la intención de las partes y la prueba de esa voluntad de transferir y adquirir, pues es el elemento que divide o diferencia a la *traditio dominis* de la *nuda traditio*, si existen aquellas voluntades, nada importa que la causa sea nula, ilícita o inclusive imaginaria, en cuyos casos el adquirente alcanza igualmente la propiedad, y si por la falsa causa tiene que restituir al *tradens* no será por la acción *rei vindicatio*, sino sólo por virtud de una acción personal; la concepción abstracta de la *traditio* favorecía a los terceros que del *accipiens* adquirieron derechos sobre la cosa que serán igualmente oponibles al *tradens* por su actuación imprudente (p. 268).

Con la precisa acotación de Cuenca (1996), por los escritos de Maynz, es posible entender que la tesis no causalista, significa que la entrega de la cosa realizada con la intención de transmitir y adquirir, transfiere el dominio, al margen de los motivos o de las causas, inclusive cuando el motivo fuera inexistente; por ello, la tesis abstraccionista, independiza al *animus transferendi et acquirendi dominii* respecto de la *iusta causa*, como complementa Girard, ésta última expresada

usualmente en la venta, donación, permuta, de modo que producirá efectos sin ella o en su defecto (Cit. p. 52)

Serafini (1927) insiste: si la entrega de la cosa es realizada sin la intención de transferir y adquirir el dominio, respectivamente, será mera traslación posesoria o de la detentación, pero no se realizará traslación de la propiedad (p. 389). Los juristas bizantinos afianzaron la diferencia entre contrato y acto traslativo, en el entendido que éste se separa del contrato que normalmente le servía de soporte, pues, la *traditio* ostenta aptitud traslativa de la propiedad si es que las partes lo hicieron con la intención de transferir y adquirir el dominio, por más que hubiera existido divergencia en la causa (v.g. el que entrega entiende préstamo y el que recibe entiende donación) conlleve la invalidez del contrato (Ourliac y De Malafosse, 1960, p. 529)

Justamente fueron los juristas bizantinos, concretamente Teófilo, quienes independizaron de la *iusta causa* la *animus transferendi et acquirendi dominii*, otorgándole suficiencia a éste último, gestándose así, por primera vez, el dogma de la abstracción a través de la sustantivación de la *voluntas transferendi domini* como elemento de distinción entre la *nuda traditionis* y la *traditio domini*. Estéfano avanzó un poco más al exigir bilateralidad en el negocio abstracto, pero Niceo daría el paso decisivo al desconectar de la *iusta causa* relegándola a un mero indicio de la voluntad de transferir (Míquiel, citado por Cuenca, 1996, p. 52).

El más representativo romanista que concibió a la *traditio* como un negocio jurídico abstracto o sin *iusta causa traditionis* es el mítico Savigny (1879), pues si bien asume que la *traditio* exige la conformidad de ambas voluntades, so pena de su invalidez y su ineficacia traslativa (T. II, p.330); empero, enfatiza a la *traditio* misma como un auténtico contrato, en sus términos:

La tradición es un contrato verdadero, porque contiene todos los elementos del contrato; en efecto, vemos el acuerdo de dos voluntades para transmitir la posesión y la propiedad de una cosa y para las partes contratantes un cambio en sus relaciones de derecho. Si independientemente de esta manifestación de la voluntad, es necesario para completar la tradición un acto exterior, la adquisición

real de la posesión, esto no cambia en nada la esencia del contrato que forma la base de la tradición (T. II, p. 356).

Luego, el mismo autor, agregó que, en el período Justiniano, acorde con el derecho instaurado, el mecanismo de transferencia de dominio de las cosas, descansó simplemente en la *traditio*, sin consideración adicional alguna al fin que se propone (Savigny, 1879, T. III, p. 72)⁶⁰.

Respecto a la disputa de la *iusta causa traditionis* y el *animus transferendi et acquirendi dominii*, se puede concluir que para los causalistas que consideran a la *traditio* como un mero *solutio*, no será un requisito diferente a la *iusta causa*, en cambio para los causalistas que consideran la *traditio* como un contrato adicional al negocio jurídico en que descansa la *iusta causa*, aquel *animus transferendi et acquirendi dominii* será elemento componente de la *traditio* misma, adicional a la voluntad manifestada en la *iusta causa*, pero la *traditio* aún depende de la esta última. En cambio, para los partidarios de la teoría abstracta, la *traditio* es un auténtico contrato traslativo que no depende de otro contrato obligatorio, sino que goza de autosuficiencia para transferir el dominio, pero requiere que sea efectuada con *animus transferendi et acquirendi dominii*, que es un elemento del propio contrato de la *traditio* aun cuando el negocio obligatorio o *iusta causa* no existiera o fuera invalidado.

3.2.3. La *mancipatio*, *in jure cesio* y la *traditio* como publicidad de la transferencia.

Se discute cuáles eran las funciones de aquel formalismo, porque se puede creer que era producto de una mera casualidad, no puede aceptarse como un *factum* cualquiera, sin explicación alguna “(...) *sino que por el contrario es una creación jurídica consciente y calculada, un lenguaje de signos, profundo y perfectamente meditado; en una palabra, un producto artístico del espíritu jurídico*” (Ihering, 2001, Vol. 1, p.645).

⁶⁰ Resulta llamativo, que en otro pasaje el mismo Savigny asumiera una tesis al parecer causalista. En efecto, al ocuparse de la donación, “La naturaleza positiva de la donación muestra su eficacia aquí sirviendo a la tradición de justa causa, y operando la Trasmisión real de la propiedad” (S. 1879, T. IV, 72 y 73)

Las formas además de estar arraigadas a la cosmovisión, para la mayoría de los autores cumplían una función publicitaria, es la posibilidad que prefieren defender Ourliac y De Malafosse (1960) quienes son de la opinión que la validez de la *mancipatio* estaba condicionado al complejo ritual, con Leifer ensayan la hipótesis que la participación de los testigos habría obedecido a una suerte de control o ratificación por los *gens*, pero Gayo le permite aclarar que la participación de los testigos habría tenido la finalidad de ofrecer certeza de la seriedad y el carácter indubitable de la declaración de la parte, pues según Kaser, además, la *mancipatio* es sinónimo de prueba preconstituida para eventuales juicios, con el plus que genera publicidad del acto, pues asegura la transferencia en interés de las partes y de los terceros. Pero en la época del Bajo Imperio, para cuidar a los terceros se habría implementado una publicidad más eficiente a través los registros como expresión de neoformalismo escriturario (p.522-523)

La transmisión dominical en el Derecho romano primitivo se practicaba a través de prácticas solemnes y rituales que son la *mancipatio* y la *in iure cessio*, estos medios, por sus características propias gozaban de suficiencia para posibilitar el conocimiento de la transferencia por el grupo social, que en aquellos tiempos no estaban tan extendidas (Diez-Picazo y Gullon, 1997, Vol. III, p. 64)

Ourliac y De Malafosse (1960) señalan que la *in iure cessio* además de ser un acto abstracto, fue un amplio campo de aplicación, ostentó, además, la función de publicidad del acto, por cierto, indirecta, pero con mayor eficacia que la *mancipatio* (p. 524).

También se han expuesto tesis negativas de la función publicitaria de la *traditio*, así, según (Cuena, 1996) con referencia a Scialoja, aun cuando la tradición haya sido justificada como elemento que permite conocer a terceros, la posesión es un acto incoloro en cuanto no informa el poder que tiene la persona, sobre la cosa que le ha sido puesta en su dominio, más bien, hay que acudir a verificar el título en virtud al cual posee el *accipiens*, además, las diversas formas de *traditio ficta* la hacen aún más clandestina, acorde con Gallo, ni siquiera las formas clásicas como la *mancipatio* o la *in iure cessio* se fundaron en la idea de publicidad, más bien la publicidad sin sustituir las formas, se adiciona a ellas. Con Sanz, también agregan que ninguna de aquellas

modalidades puede ser consideradas medios de publicidad, pese a que su solemnidad puede generar cierta notoriedad o apariencia exterior, más bien, son actos orientadas a la constitución de la transmisión real. Concluye siguiendo a Arangio, que la evolución de los mecanismos de transmisión, tomaron un camino diferente a robustecer la publicidad, optando por la clandestinidad con la generalización de la *traditio*, peor aún con su progresiva espiritualización (p. 29-30).

La posesión es el método más eficiente y efectivo de publicidad respecto de la propiedad, pues a diferencia de la publicidad registral, su fuerza, no viene erigida por la mera ficción legal, sino por la realidad misma, la posesión es la más auténtica expresión o manifestación de la propiedad, porque viene a ser el señorío de hecho, palpable y tangible, una fracción reducida de la comunidad observa quién se comporta como el titular en la realidad que no puede alcanzarse con la publicidad registral, pero ésta última, acudiendo a la ficción resulta la más simplificada.

3.3. LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO.

Después del derecho romano, el viejo derecho europeo es el punto de partida ¿Qué puede entenderse por aquello? Que antes ya hubo una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común con base en las mismas fuentes, no fue sino el *ius commune* romano-canónico, resumida como la recepción del derecho romano en la Europa medieval; por ello que, en palabras de Savigny, el *ius commune* es el límite más próximo para la organización progresiva de la ciencia del derecho (Zimmermann, 2012, p. 310)

Pues bien, el Medioevo europeo en lo académico se caracterizó por el culto a la escolástica y el estudio de la metafísica aristotélica y la revisión exhaustiva de las instituciones jurídicas romanas desde el Corpus Iuris Civiles a cargo de los doctores glosadores⁶¹. Como es de recordar el filósofo estagirita formuló la teoría ontológica

⁶¹ Cabe precisar, sin embargo, que “La superioridad del derecho común no derivaba de la sabiduría de los doctores que glosaban y comentaban las grandes recopilaciones del *ius civile* y del *ius canonicum*: con todo y su sapiencia, la opinión de Bartolo considerada en sí misma no era derecho, pero apoyada en un fragmento de los Digesta, adquiría la gracia de la juridicidad” (Grossi, citado por Sirena, 2009, p. 15).

del ser en acto y ser en potencia, la sustancia posible y la sustancia en sí, categorías que a la luz de los estudiosos medievales son las categorías de posibilidad y efectividad⁶². Aquellos no dudan en aplicar tal concepción a las instituciones jurídicas romanas, de modo que extrapolan la *iusta causa* como la posibilidad y la *traditio* como la efectividad de la traslación.

De esa aproximación surgió el sistema del título y modo, por el cual, el contrato enajenatorio viene a ser el título, en el cual descansa la mera posibilidad de transferencia, mientras que el modo representará la efectividad de la transferencia. Es importante aclarar que el modo sin la causa tampoco goza de aptitud traslaticia, así pues, la *traditio* sin el título, no será más que el traspaso posesorio sin dominio; la transferencia de la propiedad sólo es posible de la necesaria confluencia del título más el modo, la falta de uno de ellos rompe la línea del traspaso dominical. Así, si hay título, pero falta el modo, no habrá más que una relación obligatoria de exigir la *traditio* de la cosa, si concurre el modo y falta el título, se habrá generado la posesión no dominical —*nuda traditio*—.

Como se aprecia, la teoría del título y modo, es la construcción científica desde la vertiente causalista de la *traditio* romana, que significó la descomposición de sus requisitos en dos conceptos distintos: la *iusta causa* sobre el que descansa el *animus* y la transmisión posesoria que expresa el *corpus*, que en la jurisprudencia romana no eran sino requisitos de la *traditio* como un acto único adquisición (Cuenca, 1996, p. 225). La autora a través de Gonzáles quien a su vez se remite a Landsberg, consideran hallar una fuente directa, en La Glosa, que a la pregunta: “¿Luego el dominio se adquiere por diversas causas? Responde: mira la causa próxima, esto es, la tradición o la adquisición de la posesión, no la remota, o sea la causa por la que la tradición se hace”.

La causa adquirió entonces una gran relevancia, por tal razón, la *traditio* adolecerá de aptitud traslaticia si no está precedida de una causa que es en buena cuenta un negocio jurídico que sirve de soporte jurídico y justificante de la transmisión (*venditio aut aliquid*

⁶² Lo que en el Derecho romano “(...) era un único instituto (tradición como modo de adquirir), se separa conceptualmente en dos elementos título (*animus*) y modo (*corpus*) y ello por la aplicación de las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad”. (Cuenca, 1996, p. 225)

fusta causa). El autor coincide con nosotros en que por esta teoría la transmisión de la propiedad se convierte en un fenómeno complejo de formación sucesiva derivada de la yuxtaposición de dos componentes: en primer lugar, el contrato antecedente que expresa la causa remota, la *iusta causa* o *titulus* y en segundo lugar el traspaso posesorio, expresa el modo de adquirir, se erige en la causa próxima. El fenómeno transmisorio detenta entonces una naturaleza dual y conjuntiva, pues si falta alguno de los dos elementos no se produce la transferencia dominical, así si el título carece de modo, sólo habrá relación obligatoria, si por lo contrario, sólo hubo *traditio* sin *iusta causa*, operará sólo transmisión posesoria o *nuda traditionis* (tradición sin propiedad). El sistema es la interpretación causalista de la *traditio* expresada en un método escolástico, imperante en la Europa medieval, que posteriormente se consagró en los Códigos civiles modernos (v.g. en el Código civil austriaco) (Diez-Picazo y Gullón, 1997, Vol. III, p. 65).

A pesar que a Savigny (1879) se le atribuye un slogan anticausalista o gestor de la teoría abstracta de la *traditio*, él en uno de sus textos formula un representativo caso del título y el modo:

La donación como iusta causa de la tradición puede transferir inmediatamente la propiedad o servir de título(...). Como causa, da validez y hace inatacable toda clase de beneficio que provenga de una obligación, resultado que no podría conseguirse faltando una causa verdadera, puesto que podría ser anulado más tarde por medio de las condiciones. (T III. p. 12)

Es inequívoco que en el pasaje el autor se refiera a la donación como justa causa o justo título de la tradición, sin embargo, llama la atención que posteriormente se decantara plenamente por una tesis enteramente abstracta de la tradición, posiblemente fue consecuencia de un giro en su postura.

La teoría del título y modo descansa en la diferencia entre los derechos de crédito y los derechos reales, cuyo correlato es la distinción entre el contrato como acto creador de obligaciones y carente de aptitud traslativa si no está complementada por un elemento adicional como es el modo que es la *traditio*. Considero que la teoría del título y modo fue instituida en ese contexto teórico, cuya autoría, según Cuenca (1996) le es atribuible al alemán Johann Apel, quien hizo énfasis entre la necesaria distinción entre modo de adquirir y contrato, en sus términos:

“Una cosa es el dominio y otra cosa la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir), y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada en común entre los modos de adquirir y la obligación, a menos que no nos refiramos a que los contratos frecuentemente son causa de la tradición” (p. 226)

Desde la perspectiva nuestra, de la formulación de Apel, no se asoma aún con claridad la teoría del título y modo, más bien, lo que se advierte con demasiado énfasis es la diferencia entre la *causa obligationis* y *causa domini*, del que se valdrá Heinecio para formular definitivamente la teoría del título y modo, en los términos siguientes:

*“No hay que confundir el título y el modo de adquirir, por que dista tanto como el cielo y la tierra. Todo dominio tiene **dos causas: una próxima**, por la cual se consigue inmediatamente el dominio, y **otra remota**, por la cual y mediando la cual, se hace uno dueño. Por ejemplo si compro una cosa a su dueño y este me la entrega, me hago señor de ella: la tradición es la causa próxima del dominio, y la compra la causa remota. Aplicando esto, **la causa próxima del dominio se llama el modo de adquirir; la causa remota se llama título**. También se diferencian en el efecto. Por el título me dirijo contra la persona que contrata conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquier poseedor”*. (Cuenca, 1996, p. 226).

De la cita a Apel no queda duda que él fue quien formuló con la máxima claridad la teoría del título y modo, también esbozó la más clara explicación de sus fundamentos, introduciendo las categorías de la causa próxima y la causa remota, pero especialmente destacó la acción de tutela que genera cada componente del iter trasmisivo, pues deja advertido que el título sólo genera una acción personal u obligatoria, el modo será el que instituya el derecho y la acción real.

El contexto histórico de la formulación de la teoría del título y modo resulta más meridiana de la exposición de Pérez (2006), quien también lo atribuye a Apel (1486-1536), que fue materia de indagación en el S. XVIII por Heinecio, con importante influencia en la doctrina europea germana y española; ella pone de relieve que la teoría fue formulada en conexión con la doctrina del *ius ad rem* (derecho a la cosa) que es la facultad que genera el negocio obligatorio, derecho a exigir la entrega de la cosa, que recién se verá transformada en *ius in re* (derecho en la cosa), con aquella entrega (el modo). La teoría fue consagrada por primera vez en la *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, luego en el Código Civil holandés, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*

(*ABGB*) austriaco de 1811 y diversas otras codificaciones europeas, así como en códigos latinoamericanos (pp. 224-225)

Al tratar los elementos de la *traditio* romana, hemos advertido que esta no fue exclusivamente corpórea, vimos una serie de manifestaciones de espiritualización o formas de *traditio ficta*, significa que la *traditio* en el camino fue adoptando diversas manifestaciones, que son enumeradas por Aru (citado por Diez-Picazo, 1966, pp. 559-560):

- (i) *Aprehensio corpore et tactu* o entrega corporal.
- (ii) *Traditio longa manu* o entrega a lo lejos (desde lo alto o de una torre)
- (iii) *Traditio clavium apud horrea* o entrega de las llaves de un edificio.
- (iv) Entrega a través de un intermediario.
- (v) *Traditio brevi manu* - por inversión ascendente del título del poseedor.
- (vi) *Constitutum possessorium* – por inversión descendente del título del poseedor
- (vii) *Traditio instrumentorum* o simbólica que opera con la entrega de algo que representa a la cosa.
- (viii) *Suscriptio instrumenti* – a través de una cláusula que declara la entrega y la suscripción del documento que lo contiene.

Tales formas de *traditio* clásica, dice Diez-Picazo (1966), cuando hace el recuento formulado, que **se conservan en el derecho moderno**, inclusive más simplificados y esquematizados, en primer lugar como *traditio* efectiva o real, en segundo lugar la *traditio* simbólica y, en tercer lugar, *traditio* a través del cumplimiento de formalidades legalmente establecidas al efecto; la primera opera con la “puesta en poder y posesión” o “puesta a disposición”, la segunda, opera con la entrega de una cosa accesoria que simboliza al bien objeto de la *traditio*; sin embargo, todos los tipos de *traditio* tienen un denominador común “*la creación de un signo exterior de reconocibilidad de la traslación del dominio*” dirigida a los terceros ajenos a la relación jurídica entre el enajenante y adquirente del que nace el derecho (pp. 559-561)

A pesar que la mayor forma representativa del modo fue la *traditio*, para los tiempos actuales ha evolucionado enormemente tanto hacia un sistema de traditio instrumental o ficta que suprime la entrega de la posesión, también ha virado hacia otro extremo, que la propia inscripción registral del título es inclusive *traditio* para algunas legislaciones, es el caso del Artículo 670° del Código Civil chileno, tal como apreciaremos en el capítulo comparativo correspondiente.

La mayoría de los sistemas de transferencia de la propiedad en el occidente jurídico romanístico, han enraizado, según juzgan Soza y Rodríguez (2001), el binomio título y modo, pues exigen como presupuestos de la transferencia una *iusta causa* o *títulus* y un modo de adquirir el dominio; aclara que, aquella dualidad condicionante no proviene de los juristas romanos, en tanto aquellos no eran teóricos precisamente, sino más bien asiduos al hallazgo de soluciones prácticas a los casos concretos, de cuyos escritos es posible inferir la exigencia de un fundamento jurídico suficiente para transferir el dominio, seguido de una forma concreta, que se desprende del texto de Paulus, un jurista clásico epigonal 0.41 ,1,31: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.* (p. 694).

Queda para ratos la discusión sobre si la teoría del título y modo significó una explicación alterada o mutativa de la *traditio domini* romana o si por lo contrario fue explicación metodológica auténtica sin alteraciones, el corolario de la formulación de la misma y, especialmente, su adopción por la mayoría de las legislaciones civiles, es que, como predica Monje (2015), significó a la larga la conexión funcional de los contratos enajenatorios con la *traditio*, debido a que los negocios jurídicos enajenatorios (siendo la más usual la compraventa) que se erigen como el título y la tradición, no dejan de ser actos bilaterales complementarios (p. 39).

La teoría del título y modo, diseña una interesante frontera entre el derecho de crédito y el derecho real que se origina de la conjunción, pues del título o causa que descansa en los negocios jurídicos, usualmente la compraventa, no genera sino sólo la obligación de transferir u obligación de realizar la *traditio*, hasta allí seguimos en la frontera del derecho crediticio, recién con el acaecimiento de aquella *traditio* es que aquél derecho que hasta entonces era obligacional sufre una metamorfosis hacia un

derecho real. Al respecto, con auxilio de Gómez, Alessandri y Badenes, el mismo Monje (2015) abunda:

Para comprender mejor lo mencionado, decimos que por ser bilateral, consensual y obligacional, el contrato de compraventa da origen a la obligación de transferir un derecho de propiedad, que basa su existencia en la detentación particular y personal de la cosa por parte del vendedor, lo cual faculta al comprador a exigir la entrega o transmisión de dicha cosa por medio de otro acto bilateral, consensual y real llamado “tradicción”. La entrega se convierte en el efecto consumatorio de la tradición y sirve a la vez de prueba irrefutable de la preexistencia de una obligación de transferir. Esto evidencia que, al ser la entrega el efecto de la tradición, el efecto u objeto principal del acto de entregar realizado por el vendedor, que ahora se llama tradente, es el nacimiento del derecho real de propiedad a partir de la verificación de la entrega o extinción de la obligación. (p. 44)

Los códigos modernos que recogen éste sistema, como es el caso del Código Civil español, exigen, por un lado, la justa causa de la *traditio* o título, el cual consisten en negocios jurídicos sea típico o atípico, pero con vocación traslativa de la propiedad, es decir, un negocio jurídico en el cual uno se compromete a transmitir a favor de otro, quien lo acepta, pero, por otro lado, aquél negocio debe estar seguido de la tradición, sobre cuya naturaleza la doctrina aún discute en esencia porque unos conciben como un contrato, otros lo juzgan como un mero acto jurídico y, peor aún, algunos lo consideran un mero acto de cumplimiento de la obligación, o sea, el pago (Martínez, 2009, p. 83-84).

El paradigma de un sistema moderno del título y modo es el que ha adoptado la legislación española, cuyo Código Civil, en su Artículo 609, señala “(...) *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (...)*”, ahora bien, es una regla general que la entrega se entiende efectuada con el otorgamiento de escritura pública, cuando la venta es efectuada mediante tal acto y la otra regla general es la puesta en posesión a favor del adquirente, por ello, señala el Artículo 1462 del Código Civil.

Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

A pesar de ello, el análisis de la transferencia inmobiliaria no puede ser clausurado sólo con lo que señala el Código Civil, sino que es importante comprenderlo conjuntamente con la legislación registral, es decir, el análisis comprende inexorablemente el valor y la naturaleza de la inscripción registral, del cual nos ocuparemos a continuación.

3.3.1. Función de la inscripción registral en los sistemas de título y modo.

El sistema de transferencia inmobiliaria no puede ser entendido sin abordar el sistema registral, pues en una sociedad compleja en el que se gestaron los Códigos Civiles vigentes de las diversas naciones que instauran su sistema de transferencia tiene como elemento final la inscripción registral. Sin embargo, es importante tener en cuenta que ni el contrato, ni la inscripción registral son los elementos rectores para definir el sistema de transferencia de cada legislación, pues el sistema de transferencia es un fenómeno más complejo integrado por diversos elementos, además, distribuida en fases.

En una economía compleja, la publicidad se erige como un aspecto basilar del tráfico inmobiliaria, es la base de la certeza y seguridad jurídica en la transferencia inmobiliaria. En la actualidad no se ha logrado más óptima publicidad que a través de los registros públicos. Es que mediante la publicidad registral y las distintas reglas se protege al titular, el adquirente y los terceros, obviamente, no se puede postular que sea un mecanismo perfecto de supresión de inseguridad en la transferencia inmobiliaria dado que todo sistema en el fondo importa el reparto de riesgos, el sacrificio de alguno de los involucrados, siendo el efecto más representativo de ese sacrificio la adquisición a *non domine*, que sin embargo, no es una regla en la elección, sino una excepción y bajo ciertos elementos, siendo su rector la buena fe.

Es verdad que justicia como valor en su sentido más estricto manda que a través de la publicidad se proteja prioritariamente al propietario, el ideal es que el sistema registral

no debe conllevar al sacrificio de aquél, sin embargo, eso dista de la opción que importa la implementación de un sistema registral, que en aras de optimizar el tráfico inmobiliario y la circulación de la economía asumen como medida de excepción sacrificar al auténtico propietario, de otro modo la existencia del propio sistema registral no sería sostenible.

Coincidimos en ese sentido con lo que expresa Álvarez (2006), el espíritu clásico del Derecho romano y luego del Derecho común protegen al propietario, en tanto desde el arraigo a la tierra se definen estirpes familiares y constituyen la base de la organización política y jurídica; es que nadie da lo que no tiene, por ello, ser propietario importa acreditar haberlo adquirido de quien a su vez acredite serlo (p. 1). El caso es que esa exigencia se puede extender *ad infinitum* lo que es una grave dificultad, que en sus inicios fue remediada por la *usucapión*, que dejó de ser insuficiente con el mayor tráfico. De ahí que surja la necesidad de equilibrio o compatibilidad entre la tutela al propietario y al acreedor o comprador que se logra a través de la publicidad de la propiedad y de las cargas reales (Álvarez, *ibíd.* p. 2).

La publicidad registral se incorpora como elemento del sistema de transferencia, para que, coadyuvado por ciertas reglas específicas como la fe pública registral, la presunción de exactitud o legitimación registral, el tracto sucesivo, la prioridad y la oponibilidad, permitan asignar el inmueble en disputa a quien haya contratado depositando su confianza en la información que el registro público proporciona. Obviamente existen otras reglas registrales y éstas pueden clasificarse en procedimentales y sustantivas, los antes aludidos son las reglas rectoras, que no sólo gozan de efectos procedimentales, sino de efectos sustantivos.

La publicidad registral entonces no tiene una existencia autónoma, sino que es una disciplina complementaria a los Derechos reales, claro, sin embargo, su importancia es concluyente, porque sus reglas serán los que definan finalmente quién soportará la carga del riesgo o a quién se le asignará el bien disputado, es decir, la publicidad registral derivada de la inscripción registral ostenta, sin duda efectos sustantivos respecto a la transferencia, en algunos casos hasta excluyentes, cuando la inscripción ostenta naturaleza constitutiva. Por ello, Sastre, lo define como una derivación del Derecho Civil que establece reglas sobre “(...) *la constatación en el Registro de la*

Propiedad, de la constitución, reconocimiento, declaración, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y los efectos de dicha registración, así como la expresión y efectos de las garantías estrictamente registrales” (Cit. por Chico, 2000, p. 20).

Como síntesis, a través de la certeza o presunción de esta (lograda mediante publicidad registral), se pretende proteger a la universalidad de sujetos, partiendo desde el propietario, el adquirente, el acreedor o inclusive cualquier tercero, pues todos son potenciales actores en la relación que genera la propiedad en general y la transferencia inmobiliaria en particular. Es que como añade Álvarez (2006) el adquirente que compra de quien aparece como titular registral, debe tener certeza y consistencia del derecho que ostenta el que lo transfiere, del mismo modo el propietario que prefiera no guarecerse bajo la investidura de la publicidad registral, ya no puede alegar la justicia incondicionada de la génesis de su derecho, pues, más bien, las sombras en que mantiene su derecho generan repulsa; en buena cuenta, la publicidad registral inmobiliaria, a través de la certeza y orden pretenden superar la contradicción entre el propietario y el tercero (p. 3).

Es opinión comunitaria que en los sistemas consensualistas y los sistemas del título y modo, la inscripción registral es considerada un acto externo a la transferencia inmobiliaria, porque según refieren el derecho de propiedad se trasmite antes de la inscripción registral. Sin embargo, parece equivocada aquella tesis, pues si las reglas registrales como la fe pública, la presunción de exactitud, prioridad e inoponibilidad confluyen a que será la inscripción registral la que prevalezca en la disputa del bien, no se entiende para qué sirve una transferencia que no va a prevalecer frente a terceros, tampoco no ofrecen una respuesta sostenible sobre qué significa y para qué sirve la transferencia *inter partes* que se dice que genera la enajenación antes de inscripción, si la propiedad es un derecho cuyo elemento central es la exclusión a la universalidad ¿Cuál será la utilidad de una transferencia que de propiedad sin ese rasgo central? La transferencia interpartes antes de la inscripción pero que con la inscripción alcanzará protección contra terceros parece ser una construcción artificiosa y sin sentido, la incoherencia resulta manifiesta si el derecho inscrito es el que va a prevalecer en una disputa.

Es de trascendencia mencionar que en los sistemas de título y modo, acorde con Martínez (2009), como regla general la publicidad registral es declarativa y no constitutiva toda vez que el derecho real se constituye antes de registro mediante la tradición causalizada en alguna de sus formas, aunque sea espiritualizadas, de manera que la inscripción es voluntaria y termina no siendo relevante para la adquisición o extinción de derechos reales; es decir, la inscripción registral cumple una función más de publicidad de un derecho ya mutado extraregistralmente; sin embargo, no se debe perder de vista que la inscripción genera protección de los titulares frente a los terceros, pues el derecho inscrito, por el principio de oponibilidad, tiene efectos frente a terceros (p. 89).

El sistema español es el típico ejemplo de un sistema de título y modo complementada por la inscripción registral. La instauración de un sistema de tal naturaleza no ha generado efectos pacíficos en la doctrina, pues generó una discusión de larga data que a mi consideración, todavía no está cerrada sobre la incidencia de la relación entre la *traditio* que exige el Código Civil (Artículo 609°) y inscripción registral establecida en la Ley Hipotecaria, fundamentalmente la adquisición *non dominus* establecida en su artículo 34° y la presunción de posesión del titular inscrito que establece el Artículo 38. Cuenca (1996, p. 292-356) aborda éste tema con demasiada suficiencia, pues según ella, las consecuencias que genera pueden ser agrupadas en tres categorías:

- (i) La inscripción no sustituye, ni suprime a la *traditio*, esto a su vez, acarrea la cuestión, sobre si entonces el *tradens* debe ostentar la condición de poseedor, problema que tiene su origen en la confusión de la naturaleza de la *traditio* como mera entrega posesoria y no como una *traditio* traslativa. Sastre (Citado por Cuenca, *ibíd.*) considera que justamente para conservar la *traditio* y conciliar con la inscripción registral es que el Código civil ha facilitado la *traditio* instrumental a través de la suscripción de la escritura pública, pero ello no exime que el *tradens* al momento de efectuarlo se halle en posesión del inmueble, pues no puede transmitir una posesión que no tiene (p. 293). A decir de Diez-Picazo (Citado por Cuenca, *ibíd.*), de la ausencia de tal condición en el *tradens* deviene la ineficacia no sólo de la *traditio*, sino de la inexactitud de la inscripción registral que carece de efectos convalidantes, pero que generará una adquisición

non dominus del tercero de buena fe que reúna los requisitos establecidos en el Artículo 34° de la L.H (p. 294). Es que como complementa Sastre (Citado por Cuenca, *ibíd.* p. 295) la falta de posesión real del *tradens* no perjudica al *accipiens* que ha confiado en la información registral, más si el Artículo 38° establece una presunción *iuris tantum* de posesión a favor del titular registral. López Haro, por lo contrario, considera que hay una relación dual, es decir hay una tradición civil y una tradición registral, la primera es una tradición real que supone la posesión, mientras que en el régimen inmobiliario la tradición es real por la inscripción, excluyendo a la persona distinta que eventualmente lo posee, teniéndolo por inexistente, tornándolo en precario, porque el objeto de publicidad registral es la titularidad de derechos, no de posesión (Cuenca, *ibíd.*, p. 296).

- (ii) Para los partidarios de la *traditio* como elemento publicitario, la inscripción registral lo ha sustituido. Así Azcarate formula la hipótesis que la inscripción registral es la que otorga la transferencia por cuanto la *traditio* se entiende realizada sólo mediante el otorgamiento de escritura pública, sobre todo porque el Artículo 1473 del Código Civil (español) establece que la propiedad pertenecerá al adquirente que lo haya inscrito antes; la misma que es contestada por Gamazo, que la inscripción registral es un acto posterior a la adquisición que se consuma con la *traditio*. Uriarte por su parte entiende que subordinar la adquisición a la posesión significa castrar toda la utilidad del sistema registral que fue construida por las mentes más finas. De la Rica, introduce la necesidad de distinguir un régimen dual de la propiedad inmobiliaria, los que gozan de inscripción registral y de las que carecen de ella, las primeras se rigen por el régimen de la Ley hipotecaria, las segundas por el Código Civil, considerando retrógrada entender supeditar la publicidad registral a la publicidad posesoria, evidenciando su incompatibilidad, pues si la propiedad sobre fincas inscritas es eficaz sólo por la *traditio*, huelga el registro y si eficacia es *erga omnes* solo con la inscripción registral, sobre la *traditio*; cree hallar aquella dualidad en la exposición de motivos que establece la eficacia *inter partes* de la propiedad adquirida por la mera *traditio* y la eficacia *erga omnes* de la propiedad adquirida con la inscripción registral (Cít. por Cuenca, 1996, p. 304-307).

- (iii) La tercera posición señala que la inscripción no sustituye a la *traditio* traslativa, pero sí prescinde de la meramente posesoria, pues la *traditio* se predica del valor traditorio del documento, con la fe pública notarial, quien no tiene que comprobar la *posesión* del *tradens*, sino sólo verificar su condición de titular a través de los títulos presentados a éste y la consulta registral; es la inscripción registral la que al publicar garantiza la titularidad de quien adquirió confiando en la información registral, subsanando la falta de poder de disposición cuando existe discrepancia entre la realidad registral y extraregistral (Cuenca, 1996, p. 315-318).
- (iv) Finalmente, está la tesis que la regla de resolución de la múltiple venta prevista en el Art. 1473, excluye la posibilidad de interpretar la tradición prevista en el Art. 609 como entrega posesoria, pues en estos supuestos, la *traditio* resulta vencida por la inscripción registral, pero la autora refuta tal tesis, esencialmente porque no hay sustitución, sino subsanación de la ausencia de poder de disposición generada por una tradición inválida, es que la inscripción coincidirá con la *traditio* instrumental cuando el primer comprador no recibió la *traditio* en ninguna de sus formas y el segundo comprador sí lo inscribió, es decir, habrá adquisición *a domino*; en cambio no coincidirá en los casos en que el primer comprador recibió la *traditio* pero el segundo comprador con la inscripción, generó apariencia jurídica que omitió el primer comprador, por lo que habrá adquisición *a non domino* (Cuenca, 1996, pp. 330-356).

Las encrucijadas antes referidas no atormentan a las legislaciones que han incorporado la cláusula por la cual la *traditio* ha sido mutada en su significado porque ya es entendida como la inscripción registral del título, ese es el caso del Artículo 670° del Código Civil chileno, tal como ya adelantamos, pero del cual, nos ocuparemos más adelante. Lo que es conveniente aquí es dejar precisado que el rol de la inscripción en los sistemas de título y modo, se resume en dos vertientes:

- (a) Los que juegan un rol **complementario** a la *traditio* que genera eficacia inter partes, mientras que la inscripción cumple la de otorgar eficacia *erga omnes*, es decir, la función de oponibilidad universal del derecho inscrito, pero no ostenta

función constitutiva, además, la inscripción no convalida el negocio jurídico del que devino la apariencia de titularidad con inscripción registral.

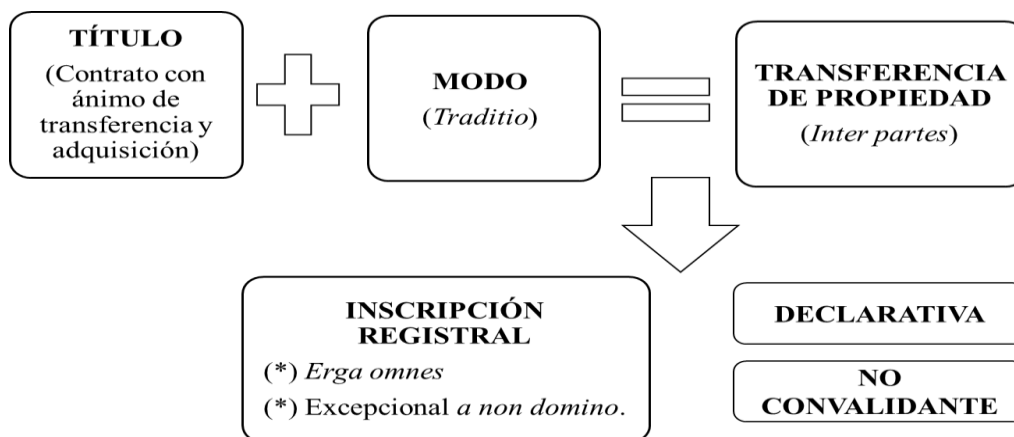


Fig. N° 05 (Elaboración propia)

- (b) Los que juegan **rol excluyente o constitutivo**. Está referido a los sistemas en los cuales el modo ha sido entendida o expresado como la inscripción registral en lugar de la *traditio* posesoria o instrumental, pues al mutar (pasar de uno a otro) el derecho de propiedad con el mismo acto de inscripción registral, esta, ya no juega un mero rol de oponibilidad, sino que la inscripción constituye o consagra el derecho, sin embargo, en tanto la inscripción es causalista, no convalida los actos que dieron origen a la inscripción registral, es decir, si el acto que causó la inscripción es nula, la inscripción también decaerá debido a que no sana o cura las deficiencias, vicios o patologías con los que ingresó el negocio jurídico al sistema registral.



Fig. N° 06 (Elaboración propia)

3.4. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA CONSENSUAL.

Es conocido también como el sistema francés, porque fue en el Código Civil francés que se instauró tal sistema, por lo que su estudio no puede prescindir de un breve examen al Derecho franco.

Hemos referido que en el Derecho romano post clásico se consolidó la práctica de las diversas manifestaciones de *traditio ficta*; en el Derecho franco, según explican Ourliac y De Malafosse (1960), por lo menos hasta el S. XII, la venta se consideraba un contrato real, y sobre la base de aquellas formas de traslación dominical con prescindencia de la traslación posesoria en adelante pasarán a contener la fórmula *vendo et trado*, porque además, la glosa ya aceptaba la suficiencia de aquella fórmula para la transferencia de propiedad y finalmente para el S. XVI, Grotius y sus discípulos, fueron más allá; plantearon que la voluntad de las partes goza de suficiente aptitud para hacer operar la transferencia de propiedad de los inmuebles (T. I. p.443-444). Los mismos autores agregan que, antes de ello, en el Derecho franco, es impensable la transferencia por el mero consenso, por lo contrario, suponía una imperativa publicidad y signos exteriores, por ejemplo, según la ley Sállica el enajenante debía saltar la cerca sosteniendo un palo, por su parte el adquirente debía realizar actos simbólicos de goce, como instalarse en la casa, recorrer el campo, tomar con la mano una porción de tierra; todos esos actos, además, estaban acompañadas de la mayor cantidad posible de testigos, según la Ley ripuara, se convocaban a niños que recibían cachetadas y jalones de orejas para que de esa manera puedan guardar el recuerdo, práctica que coincidía con el proverbio medieval “*Qui veut acheter la terre doit appeller les gens*”⁶³. (T. II. p.592-593).

Conforme a los antecedentes descritos, la compraventa por sí sola carecía de efectos traslativos, sino que, desde su origen romano, ostentaba una mera fuerza obligatoria o generadora de derecho de crédito, esto es, obligación de *traditio*, era esta última que al fin y al cabo extinguía el derecho de propiedad del enajenante, a su vez, constituía a favor del adquirente. La evolución del sistema de intercambio llevó a que muchas

⁶³ Proverbio que se traduce como “Quien quiere la tierra debe apelar (llamar) a la gente”.

veces la *traditio* ya sea practicada por actos simbólicos (tradicción simbólica) o inclusive se considerara efectiva a través de la sustitución vía una mera declaración instrumental, aún en estos casos, la dogmática seguía considerando a la compraventa como fuente de obligaciones. Sin embargo, con la forja del Código napoleónico⁶⁴ aquella concepción sufrió lo que podría llamarse un giro copernicano en el sistema de transferencia, pues la compraventa a la vez pasaba a gozar de aptitud traslativa, desde ahí la declaración de voluntades enajenatoria, también goza de aptitud suficiente para transmitir el derecho de propiedad.

No podía ser de otra manera. Es que el “*Código Civil*” y toda la codificación napoleónica, representaron un antes y un después en la historia de fuentes⁶⁵, producto de dos fuerzas históricas de aquella época: (i) la ilustración jurídica empeñada en edificar un orden jurídico racional, con rasgos de universalidad, generalidad, abstracción, liberado de transformaciones temporales especiales, pero además, libre de la mella de acontecimientos particulares, así como de las transformaciones espaciales y temporales. (ii) la revolución francesa, porque las corrosivas soluciones jacobinas, permiten fundar un Estado sólido y compacto, con ciudadanos iguales, abstractos, casi todos laicos, lo que permite a la revolución guillotinar al viejo pluralismo de fuentes, especialmente al tejido consuetudinario escurridizo al control centralizado del Estado que se refugia en la Ley como expresión necesaria e indiscutible de justicia por ser expresión de la voluntad soberana de la nación. Por ello Vieri, había señalado que al gobierno de los hombres que suele ser arbitrario, debe suceder el gobierno de las leyes. A pesar que se erigió bajo la sombra de la revolución iusnaturalista, el “*Code*”, todo Código, en el futuro fue el pilar del positivismo, esto es, del absolutismo jurídico y su

⁶⁴ La agudeza de Pérez (2006) resalta que la teoría francesa supuso un *desaire* al consolidado sistema del título y modo, los factores, acorde con Kaser, que habrían motivado son básicamente dos: (i) la influencia del Derecho romano Vulgar, vigente en occidente tras la caída, desde el S. V, como derecho rector de los Reinos visigodos, ostrogodos, burgundos y vándalos, con alta incidencia en la formación jurídico medieval de Italia, España y Francia, éste último particularmente sustituye la *traditio* efectiva por las formas del Derecho romano tardío, como la suficiencia de la entrega de los documentos (instrumenta) o la *traditio* ficta. (ii) Paralelamente el Derecho consuetudinario francés venía usando la inserción de una cláusula de declaración *constituto possessorio* en los instrumentos dominicales que se forjaban ante los notarios, y también las denominadas *dessaisine-saissine* consistente en la declaración del enajenante la mengua de la calidad de su posesión, esto es, el autodespojo de una posesión domical y la toma de una posesión subordinada a otro titular (posesión en nombre de otro). (p. 225).

⁶⁵ Grossi (2010) inclusive sitúa éste evento al nivel de Hammurabi, Teodosio II, Justiniano, Gregorio IX, pues reordenaron las fuentes con serias consecuencias para las civilizaciones posteriores (p. 54).

simbiosis con el liberalismo económico. Es que, también propiamente el *Code*, significó una revolución absoluta y silenciosa, por la exclusión total y abrupta de la tradición plurisecular, la estatalización completa del derecho privado en 2281 artículos. El *Code*, en resumidas cuentas, significó: (a) la supresión del pluralismo jurídico y reducción del derecho al absolutismo de la Ley; (b) la solución legislativa de los problemas de la vida cotidiana de los ciudadanos; (c) la instauración de una noción abstracta de las categorías de sujeto, de bien y la relación jurídica. Destaca como una creación *ex novo* y fuente sin precedentes para la nueva civilización post-ilustrada y post-revolucionaria, esa es su dimensión histórica jurídica (Grossi, 2010, pp. 58-86).

La gestación de la idea de consensualismo, por el cual la manifestación de voluntad enajenatoria es suficiente para transmutar el derecho de propiedad, es atribuible al genio de Hugo Grocio, quien lo infirió de la vinculación del hombre a sus promesas como uno de los elementos cruciales del derecho natural; Auge citado por Feenstra (1975), escribió que el consensualismo tuvo una incipiente aparición progresiva en el derecho canónico, pero será la Escuela del Derecho Natural y de gentes el que genere esa metamorfosis de aquella máxima moral al Derecho, y *Grotious*, en un principio se mostró dubitativo, no es sino en la *De iure belli ac pacis*, que recién mostró una postura firme sobre la oposición clara entre “*contractus*” y la “*promissa*”, que serviría para rechazar las reglas romanas, consideránselo a la posteridad, como el precursor determinante del consensualismo moderno que quedará instaurada en el Código de Napoleón, gracias a la complicidad de Pothier, de quien se sabe que revisó al autor (p. 619).

Fortunat (2016) exalta que *Grotious* fue el más influyente pensador iusnaturalista quien concibió al contrato como la oferta de *particula libertatis* y la consecuente enajenación a favor de la contraparte, la compraventa es el más representativo de aquella enajenación; sosteniéndose en Landau, afirma que *Grotious* remarcó entonces que no era necesario adicionar la *traditio* de la cosa como condición de la transferencia; sobre todo, desde que el *constitutum possessorium* era en el fondo una transferencia consensual, la *traditio* carecía de sentido, siendo necesaria su eliminación, en sus propios términos “*De venditione & emtione notandum, etiam sine traditione, ipso*

contractus momento transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum” (pp. 241-242). Al haberse reducido la *traditio* a cláusulas de estilo sólo faltaba que algún teórico postule la tesis de su supresión⁶⁶ y es lo que hicieron los filósofos de la Escuela del Derecho Natural en los S: XVII y XVIII, como Domat, Puffendorf o Thibaut, quienes finalmente pregonaron que la compraventa es autosuficiente para la transferencia de propiedad⁶⁷.

La mayor exaltación de aquella fórmula consensualista llegaría a plasmarse para la posteridad en el Artículo 1138 del Code francés, que en la versión literal de Cuenca (1996), formula “*La obligación de entregar la cosa es perfecta por el simple consentimiento de las partes contratantes. La obligación hace al acreedor propietario, aunque la tradición no haya sido hecha*”. Desde entonces, así como las obligaciones, también la trasmisión de la propiedad pasa a ser efecto directo e inmediato del contrato. Aunque no han faltado quienes como es el caso Laurent lo tacharon de oscuro y tenebroso, además que la fórmula consensual no aporta nada novedoso, porque la transferencia *perfecta=nacida* por el consenso ha existido siempre. (pp. 90-91).

Los hermanos Mozeaud (1960) aportan la tesis que la ascensión del contrato para transmitir de la propiedad desde que en el Derecho antiguo era una mera fuente de obligaciones supuso un lento proceso desde la atenuación de la *traditio* real con la introducción de las tradiciones fingidas, a tal punto que en las vísperas de la elaboración del *Code* se usaba la fórmula claramente mendaz de haberse realizado la *traditio* (cláusula de desposeimiento y posesión), pero el *Code* remató la evolución al incorporar la fórmula por el cual “*la transmisión de la propiedad se realiza solo consensu desde el instante del acuerdo y por el solo acuerdo de voluntades*” (p. 320)

Un contraste respecto a la postura anterior es posible hallar en Rubio (1993), quien, si bien considera que la consagración del sistema transmisivo consensual, en el ámbito

⁶⁶ “A través de estas vías, la entrega de la cosa se reduce en la práctica a una simple cláusula de estilo añadida al documento, sin necesidad de la tradición real. Así las cosas, sólo faltaba que se negase la necesidad de la misma desde un punto de vista teórico” (Pérez, 2006, p. 225)

⁶⁷ Martínez (2009) coincide en que el cambio de paradigma del sistema transmisivo romano al sistema de mero consenso obedeció a la influencia del de la doctrina iusnaturalista que, desde los postulados de Leibniz y Domat, inspirada en un orden racional-natural exaltaba al máximo nivel a la voluntad contractual (p. 76).

jurídico, fue una innovación en el *Code* respecto a la vieja teoría del título y modo, un resultado de la filosofía de exaltación de la voluntad del sujeto como una fuerza creadora, sin embargo, afirma que en el ámbito de la praxis, aquellos cambios son sorprendentemente escasos, pues el funcionamiento del anterior título y modo, sobre la égida de la *traditio ficta* funcionalmente ya era demasiado análogo al sistema consensual. (p. 122).

El punzante análisis de Josserand (1950) es que el Artículo 1138° del *Code* se realizó en términos bastante oscuros y que sólo fue aclarado por la historia, pues bajo la fórmula *perfecciona* o *se consuma*, se ejecuta por sí misma, automáticamente en cuanto al objeto perseguido por las partes, el desplazamiento de la propiedad, que entonces se producirá inmediatamente; sin embargo, las dudas persistían, pues de un lado, se contempló que “*hace al acreedor propietario...aun cuando la tradición no se haya realizado*”, excluyéndose la necesidad de cualquier tradición sea ésta efectiva o simulada y también y, por otro lado, según el Artículo 711° del *Code* “*la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite ... por efecto de las obligaciones*”; sin perjuicio de ello, el *Code* fue la idea constructiva de sus redactores, pues no hicieron perder al contrato su naturaleza histórica la de “obligación de dar”, pero a su vez, esa obligación se reputa realizada apenas aparece, a la vez que nace se extingue; es que la *traditio ficta constitutum possessorium*, se sobreentiende y se supone existir siempre, de modo que la transferencia se produce sin necesidad de explicarse en determinada forma y términos, sin necesidad de insertar la declaración de traditio; en síntesis, se llega a la traslación inmediata por una doble ficción; enfatiza sin embargo el autor que, la construcción jurídica de la transferencia consensual es inmanente a la historia de intercambio, el legislador del Artículo 1138° sólo se limitó a tener por sobreentendida la cláusula de posesión-desposesión, más no pensó en instaurar la función traslativa del contrato como orden público, pues en buena cuenta las partes seguían detentando la libertad para estipular un efecto no traslativo del contrato (pp. 263-265).

A pesar que el Artículo 1138 del *Code* resulta el ícono de la transferencia consensual, Martínez (2009) hace caer en cuenta que, se deduce también de otras normas como el Artículo 711° que establece la cláusula general de adquisición de propiedad de bienes, esto es, que se adquiere por sucesión, donación *inter vivos* y por efecto de las

obligaciones y el Artículo 1538° que incorpora la fórmula por la cual la venta es perfecta y la transferencia de la propiedad opera desde que hay acuerdo de las partes sobre la cosa, aún cuando no se hubiera realizado la entrega, ni pagado el precio, lo que significa que desde el mero acuerdo el vendedor pierde cualquier prerrogativa de propietario, siendo que más bien el comprador inclusive ya puede enajenarlo, además, ni los acreedores del vendedor pueden embargar, en cambio los del comprador sí. (pp. 75-76).

Parece que todo lo explicado hasta aquí resulta aún limitativo de la verdadera dimensión de la transferencia consensual, aconseja Théry (2009) que el *Code* rompió con sus pasados históricos, de modo que por el mero acuerdo de precio y cosa no sólo se transmite el derecho de propiedad, el principio consensualístico no sólo se aplica a los derechos reales, si no a cualquier derecho que sea objeto de la transmisión, pues se transfiere inclusive cuando el vendedor se mantiene en posesión (p.147).

Desde entonces, la convención es el procedimiento más ordinario de adquisición del derecho de propiedad por transmisión entre vivos, la voluntad de las partes desempeña un papel esencial, pues como es todopoderosa para crear obligaciones también lo es para crear derechos reales sin ninguna formalidad ni tradición, el contrato entonces pasa a detentar efectos reales; en buena cuenta “*por el exclusivo cambio de consentimientos se transmite la propiedad*”, de manera que el adquirente ya no es mero acreedor de la transmisión de propiedad, mas bien, ya es propietario (Mozeaud, 1960, pp. 323-331).

De tantos autores que se han ocupado del sistema consensual Josserand (1950), grafica con lucidez los presupuestos del efecto traslativo de la convención: (i) De hecho la convención *tendiente* a aquél fin traslativo, llámese venta, donación, permuta. (ii) El objeto de la convención esté determinado en su misma individualidad, en *cuero cierto*, pues no opera sobre cosas determinadas sólo en su género. (iii) Que la convención sea celebrada por el propietario, pues si proviene de un *non dominus*, no podría ser traslativo por sí mismo, puesto que nadie otorga derechos que no ostenta (p. 261)

Los autores consideraron al unísono y desde el principio los enormes inconvenientes que presenta la transferencia consensual, pues es una transferencia que se efectúa en la clandestinidad, de manera que la ausencia de certeza de las titularidades, las transferencias, especialmente para los terceros, genera serios inconvenientes que demandaban la necesidad de alguna solución legal que atenúe tal clandestinidad.

La eficacia de la transferencia inmobiliaria está sujeta a las reglas de publicidad y el sistema de transferencia consensual se fundamenta en la teoría dualista del derecho de propiedad, por el cual existe un derecho de propiedad interpartes y un derecho de propiedad respecto a los terceros; la transferencia de la propiedad por el mero acuerdo de las partes en la cosa y precio goza de eficacia interpartes, mientras que la transferencia respecto a los terceros se entiende realizada recién con la publicidad registral.

Más adelante se discutirá sobre las inconsistencias de tal dualidad, pero nuestra perspectiva de esa asunción dualista es auxiliada por los Mozeaud (1960). Ellos afirman que las transmisiones de la propiedad precisan de publicidad para ser opuesto a terceros, es decir, el adquirente con derecho publicitado tiene el derecho a ignorar las enajenaciones anteriores sobre el mismo bien que no hayan sido publicadas, pues no se prefiere al que haya adquirido primero, sino al que haya inscrito su adquisición (Vol. IV. p. 322).

Nótese que la doctrina francesa aclara que transferencia consensual es una transferencia con efecto interpartes, más para su oponibilidad respecto a los terceros precisa de la transcripción, por ello, llama mucha la atención que especialmente en la doctrina y jurisprudencia peruana se tenga una lectura o entendimiento distorsionado aislado del sistema consensual de transferencia, que desde ninguna perspectiva puede ser concebido sin el complemento que es la inscripción registral, al cual nos referimos a continuación.

3.4.1. Función de la inscripción registral en el sistema consensual

El derecho comparado no acepta el efecto traslativo del mero consenso, ni siquiera entre las partes, más bien, como sentencia Josserand (1950) está lejos de calar en el

seno del derecho común, más varias legislaciones lo repudian, por lo contrario exigen formalidades de publicidad inclusive para la transferencia en el círculo interno de las partes; para la eficacia respecto a los terceros el régimen de publicidad es imperativa, por ello es importante responder la interrogante ¿Las propiedades transmitida clandestinamente serán oponibles a todos a pesar de haber permanecido oculto? O por lo contrario ¿Los terceros pueden ignorarlos y considerarlos como no celebrados mientras no han conocido? Se responde afirmando que la verdad jurídica respecto a la transferencia de propiedad, que es un derecho real por excelencia, cuyo rasgo es la oponibilidad a la comunidad entera, no puede nacer oculto de la colectividad, lo mismo que toda ley, la ley contractual debe ser publicitada; además porque, a su vez, es una verdad social y práctica en tanto sobre esa base se soporta la vida jurídica del país, estamos frente a la esencia misma de las transacciones, pues si la transferencia opera en la esfera subrepticia jamás habría certeza de que se está tratando con el propietario actual del bien objeto de contrato; por lo que fue precisa la construcción de la *apariencia* desde la publicidad sobre cuya base descansa la seguridad jurídica (p. 266-267).

El derecho revolucionario, en la Ley del 11 brumario del año VII ya prescribía la transcripción de las transferencias inmobiliarias, que fue suprimida por el *Code* conservándose solo la transcripción de donaciones e hipotecas, hasta que después de 50 años mediante la Ley de 23 marzo de 1855, se le restableció; posteriormente mediante el Decreto-Ley de 30 octubre de 1935, se amplió a las transmisiones *post mortem* y las transmisiones por actos declarativos como las particiones, hasta que finalmente por Decreto del 4 de enero de 1955 se amplió el catálogo de actos inscribibles, sustituyéndose, además, la transcripción por publicación, creándose también publicidad por ficheros reales hasta entonces mantenidas mediante folios personales (Mozeaud, 1962, Vol. II, p. 320).

Josserand (1950) afirma que, desde la modificación del año 1935, el acto de la transcripción debía ser depositado previamente en el protocolo de un notario dentro de los tres meses de su firma, mientras que la transcripción debía realizarse en un plazo de cuatro meses a un año; además, que diferencia dos regímenes de transcripción, el del *Code* y el de la Ley de 1855 con sus consecuentes modificatorias (pp. 274-276).

Los Mozeaud (1962) sostienen que si bien la concepción del contrato como autosuficiente para generar efectos reales obedece a la filosofía de la exaltación a la voluntad, se evidencian dos peligros para los terceros en cuanto no los advierte de la situación actual del inmueble, pues, por un lado, pueden haber transferencias o hipotecas antiguas no publicadas por lo que al actual adquirente no podría transmitirse ningún derecho, ya que ni la posesión desempeña ningún papel como sí en materia mobiliaria; y, por otro lado, la transfencia consensual precisa que el título que detenta el enajenante sea válido, pues de estar incurso, afecta su propio derecho, de modo que inclusive la publicación de su derecho adquirido no le asegura que ésta no pueda decaer en tanto la transcripción no purga los vicios de los títulos, medianamente le garantiza la evicción por parte de un adquirente anterior, pero *“el régimen francés de publicidad inmobiliaria no procura, pues, plena seguridad a los terceros; no evita todos los peligros de trasmisión solo consensu”* (Vol. IV. pp. 332-333). Concluyen que, tal ausencia de publicidad desincentiva las transacciones adquisitivas o préstamos hipotecarios, dado que la base de la organización del mercado y el crédito inmobiliario exigen una óptima publicidad, la cual, además, para cumplir su finalidad requiere que esté acompañada de sanciones, como sea, en el caso del sistema francés *“las transmisiones no publicadas son [inoponibles] a los terceros, aún siendo válido entre las partes”* (Vol. II, pp. 322-323).

La función esencial de la transcripción registral francesa, entonces es la publicidad de las transmisiones para asegurar que los terceros estén enterados; pues si bien, **en el ámbito *inter partes* la propiedad se desplaza por el mero intercambio de voluntades, con relación a los terceros, el desplazamiento se difiere hasta el día en que la transcripción se efectúa**, ello conlleva a que si se efectuó múltiple y sucesiva venta de un mismo inmueble, se preferirá no al que adquirió primero, sino al que transcribió antes su título, por la regla *prior tempore potior jure*; si bien, aquella regla parece contraria al principio *nemo dat quod non habet*, sin embargo, esa contradicción es aparente, pues *“la clave del problema reside en la distinción de los dos puntos de vista: transferencia de propiedad entre las partes y transferencia de la propiedad con relación a los terceros”*, se sacrificará al comprador que no transcribió su título en pro del primer transcriptor, el primer comprador podrá reclamar daños y perjuicios, en tanto la segunda venta no puede ser anulada; a pesar de ello, la transcripción tampoco

es una panacea universal, más bien, su potencial es limitada y su eficacia es relativa al girar en torno a los causahabientes del mismo enajenante, más no tiene utilidad para resolver conflictos que vienen de adquirentes con diferentes causantes, en cuyo caso, la regla de primero en el tiempo ya no basta, el objeto se eleva a determinar cuál de los causantes era el auténtico propietario, para determinar cuál de los adquirentes adquirió válidamente el derecho de propiedad debiendo decaer el del adquirente que deriva del enajenante no propietario, debido a que de la nada, nada se puede crear (Josserand, 1950, pp. 283-286).

A pesar de que el consensualismo prometía una celeridad en las transacciones, tal como lo grafica Théry (2009), sucede todo lo contrario, pues aunque una venta inmobiliaria consensual debería ser muy simple, la realidad práctica enseña que es más complejo, especialmente por la importancia social y económica que representa; así, las ventas podrían demorar entre cuatro a seis meses, ya que el Notario francés, quien en los hechos detenta el monopolio de los contratos inmobiliarios, debe realizar indagaciones previas para garantizar transferencias libres de gravámenes; pues la transmisión de la propiedad al que refiere el Artículo 1583 del *Code* es de efectos entre los contratantes, sin embargo, las compraventas inmobiliarias tienen su particularidad, dado que su oponibilidad frente a terceros está subordinado a su inscripción en el registro de la propiedad, es decir, a la “*publicité foncière*” (pp. 148-149).

Si bien la regla es la transferencia consensual, sin embargo, omitir la transcripción del título tiene ciertas sanciones tasadas, que Josserand (1950) los categoriza, por un lado en generales y esenciales, por otro lado, en específicas y secundarias; en el primer grupo, está la sanción pecuniaria o multa, en el segundo grupo, el adquirente omisor a la transcripción carece de habilitación legal para la purga de privilegios e hipotecas sobre el inmueble, corre el riesgo de ver inscribirse hipotecas, privilegios y transferencias nacidas de los propietarios antiguos, pues sólo la transcripción impide el curso de las inscripciones; a ello se puede agregar que el defecto de transcripción del adquirente puede ser opuesto por cualquiera que tenga derechos previamente transcritos sobre el inmueble y no necesariamente tienen que ser derechos reales (como los arrendatarios) (pp. 296 y 302).

El sistema registral francés, guarda una enorme distancia respecto a los sistemas registrales constitutivos, pues la transcripción, a los ojos de Théry (2009) no busca generar indiscutibilidad o exactitud del derecho, sino que la transcripción tiene como propósito invocar los contratos frente a terceros, por ejemplo, cuando hay disputa entre el titular poseedor y el titular registral, la Ley francesa establece presunción de propiedad a favor del poseedor, a pesar de que es poco probable que se produzca tal conflicto en la práctica, es que usualmente hay coincidencia entre el titular registral y el poseedor, coincidencia que se mantiene esencialmente porque los notarios comprueban la posesión del vendedor e incluyen en el instrumento en que se eleva el contrato una cláusula de posesión pacífica del vendedor por treinta años, de modo que se combina con la usucapión; en suma, ante una sucesiva venta que genera disputa de titularidades, el comprador que registra su contrato es el que es propietario inclusive contra el que lo adquirió primero y no lo inscribió, ésta no es oponible a aquella, en cambio sí el que goza de transcripción, lo mismo sucederá con la hipoteca; sin embargo, en caso que el segundo comprador lo adquiere a sabiendas de la primera venta y se apresura en la inscripción, *“se le privaría del derecho de invocar la inscripción frente al primer comprador”* (pp.151-153).

3.4.2. La transferencia consensual y su ausencia de inoponibilidad a terceros.

Cualquier pretensión de un consensualismo extremista es sepultada por el Artículo 3° de la Ley de Transcripción Francesa, pues esta es elocuente: “Hasta la transcripción, los derechos resultantes de los actos y sentencias previstos en los artículos anteriores no podrán oponerse a terceros que tengan derechos sobre los inmuebles y los hayan retenido de conformidad con las leyes” (Gordillo, 2004, p. 435).

Se puede inferir que, entonces, la transferencia por el mero intercambio de consentimientos enajenatorios o mero intercambio de voluntades respecto a una cosa determinada goza de aptitud y suficiencia para la mutación del derecho de propiedad del enajenante al adquirente; sin embargo, la doctrina es unánime en precisar que aquella transferencia opera *inter partes* es decir en la mera esfera de quienes formulan el consenso enajenatorio; en cambio, para la transferencia respecto a terceros es

necesaria la inscripción registral del acto jurídico que conforma ese intercambio de declaraciones enajatorias. Por ello, es una regla clara que ante las ventas sucesivas incompatibles A — B (sin inscripción registral), A — C (con inscripción registral), la primera venta no es oponible, salvo que C lo hubiera adquirido a sabiendas de la primera venta. La inscripción registral aquí cumple una función muy similar al que cumple en los sistemas registrales al que hemos aludido en la Fig. N° 05.

Como colofón respecto al sistema de transferencia inmobiliaria en el modelo consensualista es importante precisar que este debe ser entendido desde una perspectiva que asegure la coordinación entre la transmisión consensual y la transcripción registral, por lo contrario, la percepción aislada o una lectura parcial de la misma conduce a peligrosos equívocos. Es que como asevera Álvarez (2006) desde la Ley del 23 de marzo de 1855, en Francia se instauró el sistema de transcripción universal, imponiéndose “...*obligatoriamente la transcripción para que surtan efecto frente a terceros todos los actos inter vivos de transmisión de la propiedad...*”; la co-vigencia de la transmisión consensual con la eficacia del registro, importa la inoponibilidad de los títulos no inscritos, es decir, los actos de transmisión sin transcripción surten efectos sólo *inter partes* (eficacia relativa), pero no frente a terceros, una clara evidencia de ello es que en la doble venta que lleva en su seno el conflicto de dos compradores por un mismo inmueble, “*adquire plenamente el primero que inscribe*”. (p. 12).

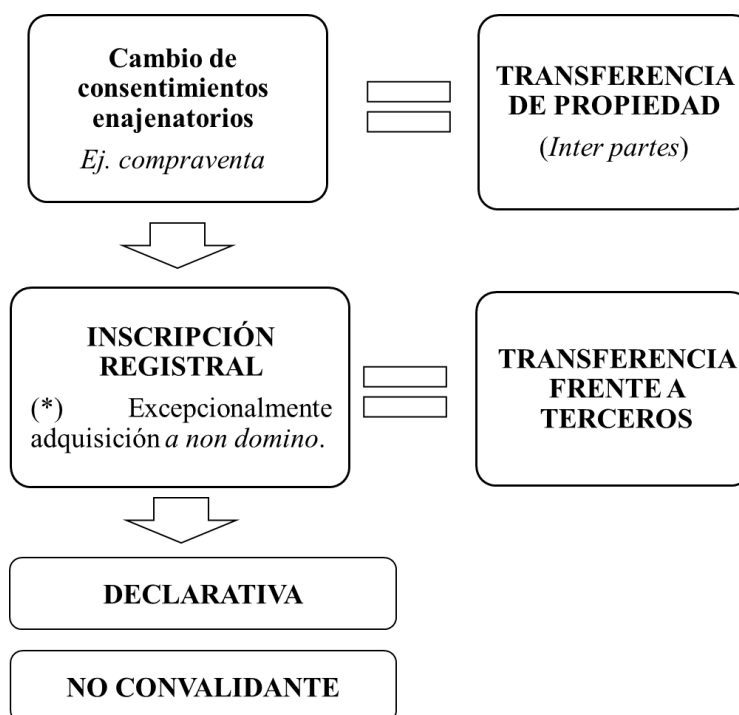


Fig. N° 07 (Elaboración propia)

Resulta preciso entonces plegarse a la postura de Martínez (2009), así para que la transferencia inmediata que sugiere el Art. 1583 del *Code* tenga efectos frente a terceros, resulta relevante que hayan tenido la oportunidad de conocer, cuyo papel es el que justamente juega la inscripción, de modo que sólo los titulares que gocen de inscripción registral pueden oponer su situación frente a quien disputa otra titularidad; en sentido contrario, quien no ha registrado su contrato, conforme dispone el Art. 30° del Decreto del 4 de enero de 1955, no puede oponer su derecho a terceros; el acceso al registro otorga prioridad para alegarlo frente a los demás y motiva a los adquirentes a apurar la inscripción de sus títulos, especialmente para “evitar pérdidas del objeto a través de las ventas fraudulentas”; aún así, no se alcanza seguridad plena en el tráfico inmobiliario, por lo que al sistema consensual con efectos *inter partes* e inscripción registral para la oponibilidad frente a terceros, ingresan, como asevera Rajoy a jugar un rol activo los seguros complementarios que cubren indemnizaciones por pérdidas posibles del inmueble. (pp. 79-80).

3.5. SISTEMA ABSTRACTO (ALEMÁN) DE TRANSFERENCIA.

La autoría de la instauración del sistema de transferencia alemán le es atribuida por la doctrina sólo a una persona, a la genialidad del gran Savigny⁶⁸, sin embargo, es de considerar que él mismo dijo que el derecho es y nace del espíritu del pueblo, de modo que sin mayor riesgo podríamos asumir con Berman (1996, p. 68-75) que las más remotas raíces del sistema se remontan hasta los *Folklaw* o Derecho tribal; pues en buena cuenta, el derecho germánico es el producto de la conjunción de aquellos elementos tribales, o elementos sensuales del derecho germánico y el derecho romano.

Es que ya desde el derecho germánico primitivo la transferencia de la tierra cobraba especial relevancia, la cita textual de un juramento de adquisición que a continuación se reproduce informa esa fórmula poética:

Lo sostengo como él lo sostuvo, que él la puso a la venta y yo lo poseeré, y nunca renunciaré a ella, ni a parcela ni a tierra labrantía, ni a prado ni a morada, ni a surco ni del tamaño de un pie ni a tierra ni a pastura, ni a tierra fresca, ni a marisma, ni a la yerma ni a prado, ni a bosque ni a cercado, ni a la tierra ni a arena, ni a tierra seca ni a agua (p. 68-75).

Se aprecia su carácter dramático, forzado, épica porque la ley era casi oral en su plenitud. Además, la transferencia de la tierra detentaba un carácter simbólico y ceremonial, pues se producía mediante la entrega de una ramita y un poco de pasto, o de sombrero y guantes, o tocando el paño del altar o la cuerda de una campana, la puesta de la llave por la viuda en el féretro de su marido como petición de exención de la carga de sus deudas; sin duda estamos frente a los rasgos propios de un derecho arcaico que luego sería transformado por el cristianismo, que traía consigo el derecho romano, reemplazando los viejos mitos por el evangelio de un creador universal cuyo hijo libertador de los hombres respecto a sus destinos y de la propia muerte, el monasticismo cristiano como elemento transformador, “*el cristianismo fue germanizado al mismo tiempo que los pueblos germánicos eran cristianizados*”, el cristianismo derribó aquella ficción de la inmutabilidad del derecho consuetudinario (Berman, 68-75.).

⁶⁸ “El sistema abstracto de transmisión fue fruto fundamental de la concepción genial de un único autor, Savigny, que lo propuso y lo divulgó a partir de una fecha que ha podido datarse en torno a 1815” (Rodríguez, 2012, p. 45).

La síntesis de Enneccerus (1971) sobre la evolución histórica de la transferencia inmobiliaria hasta la *Auflassung* o “acuerdo real” es que se remonta al testimonio judicial germánico medieval. Primitivamente la transmisión de fincas operaba mediante entrega corporal en la finca misma (investidura) y convenio (causal) de transferencia de la propiedad (sale), que en tiempos francos cayó en desuso, pues la transferencia se practicaba ante el tribunal, como un acto análogo a la vieja *in iure cessio* romana que fue conservada hasta 1833, de manera que la transferencia se tornó en un acto de *jurisdicción voluntaria*, en tanto las partes declaraban ante el tribunal la transmisión de la finca, esto es, la *Auflassung* (p. 151).

El espíritu del Derecho germánico en términos de Windscheid (1976), estuvo cerca a naufragar en los escollos de la abstracción dogmática, el Derecho romano ha sido un medio de salvación, que ha conservado su valor y que se confía jamás será desechado, pues viene a ser el fundamento de todo el Derecho europeo y en buena medida de toda la ciencia del derecho, siendo su fuente principal desde antaño, especialmente del nacimiento del derecho privado alemán, que en gran medida se forjó siguiendo aquella escuela, nutriéndose no sólo de meros conceptos formales, sino de conceptos jurídicos concretos y principios verídicos. En buena medida el derecho civil alemán que gestó el sistema de transferencia es obra de la pandectística, que no fue sino la mescolanza del derecho consuetudinario alemán, el derecho romano transformado por el derecho canónico y las leyes imperiales alemanas (pp. 7, 20-21). Es de advertir que el propio Código alemán es una sistematización de las pandectas romanas, transformada y adecuada a la realidad de su nuevo tiempo, en cuyo devenir histórico Savigny⁶⁹ jugó el mayor rol, con sus obras, especialmente cuando escribió su ampuloso tratado sobre el Sistema de Derecho Romano Actual, en el cual, justamente formula la teoría abstracta.

⁶⁹ Zimmerman (2012) muestra el camino de la ciencia jurídica trazado por Savigny respecto al Derecho Privado Europeo, quien razonaba que la comprensión del derecho de una determinada circunstancia temporal precisa la comprensión de su pasado, en tanto hay una conexión sucesiva entre ambas, por lo que la ciencia jurídica debe ser una ciencia histórica; tal postura estimuló a la formación de un grupo de juristas nacionales y una doctrina científica unitaria, gracias al derecho romano, cuya vigencia, originó la “Pandectística” orientada a la formación de un sistema lógico y coherente de conceptos, reglas y principios bajo la égida del corpus iuris civilis romana, especialmente de las pandectas o Digesto, escuela que permitió el liderazgo a la escuela alemana e influencia en otras naciones (pp. 278-279).

Se sabe también que, en un principio en el escenario de la dogmática alemana que explicaba el *Corpus Iuris Civilis*, también estaba profundamente impregnada el sistema del título y modo, porque, además, la construcción de la denominación misma le es atribuida al escenario alemán, específicamente a Johannes Apel en el año 1535, teoría que aún persistía comienzos del S. XIX; desde luego, Savigny en sus inicios no fue ajeno a ello, pues explicaba por el año 1805 a sus alumnos que para la transmisión domical requería de la concurrencia de un título donde conste la obligación y un modo, consistente en la entrega, sin embargo, diez años después, enseñaba una perspectiva diferente sobre las fuentes romanas de la transmisión: “A su juicio, ésta ya no derivaba de la conjunción de un contrato válido o la entrega de la cosa, sino que sólo requería la entrega de la cosa unida a la voluntad de transmitir y adquirir de transmitente y adquirente. De esta forma la entrega, unida a la esa voluntad, y abstracción hecha del contrato, bastaba para la transmisión” (Felgentraeger y Coing, citado por Rodríguez, 2012, pp. 45-46).

La reformulación de la teoría es explicada fundamentalmente porque el elemento romano de la *traditio animus accipiendi et acquirendi domini*, pasa a tener autosuficiencia para la transmisión, sin necesidad de un contrato previo, de tal manera que la entrega con aquél elemento y sin una causa o sin obligación configura la transferencia de la propiedad; según entendía Savigny la traditio es un auténtico contrato específico más no un mero hecho jurídico o solutio de una obligación previa, para ello, diferencia entre los contratos obligatorios y los contratos reales, ubicando en el último grupo a la *traditio*.

Consolida la teoría abstracta señalando que, el contrato en el ámbito del derecho privado, es uno de los más importantes medios y abarca toda clase de instituciones, están los que tienen rol en la formación y disolución de las obligaciones que son los denominados contratos obligatorios. Están los que inciden en el derecho de las cosas que se agrupan bajo la denominación de contratos reales, dentro de los que se comprende a la tradición, el cual, es un contrato verdadero, porque detenta todos los elementos: el acuerdo de voluntades orientadas a transmitir la posesión y propiedad de una cosa, así como un cambio de relaciones de derecho de los contratantes. Esa esencia

contractual, no es mellada por la necesidad de la complementación mediante un acto exterior que es la adquisición de la posesión (Savigny, 1879, T. II, p. 356).

El fundador de la escuela histórica, reclamaba la necesidad de distinguir a los contratos reales de los contratos obligatorios que casi siempre les precede y acompaña, señalaba como un ejemplo del primer grupo a la venta de una casa, cuya tradición subsiguiente es otro contrato distinto, piénsese en la limosna, es el caso más más representativo de tradición sin obligación previa, es un verdadero contrato real en el cual dar y recibir son los únicos hechos atribuibles a las partes (Savigny, 1879, T. II, pp. 357).

A juicio de Ihering (citado por Rodríguez, 2012) la teoría derivada de la particular interpretación de Savigny gozaba de una ventaja político legislativo pues otorgaba una alta seguridad a los terceros adquirentes, la explicación de aquella ventaja es que la abstracción del negocio real respecto al negocio obligatorio, la nulidad de ésta no afectará la transmisión, en otros términos la cadena de transmisiones A—B—C, el tercer adquirente C, es inmune a los vicios que le afectan al acto que generó la relación A—B, ya que por la abstracción, las nulidades producirían como máximo la acción personal de retransmisión que en el derecho romano se llamaba la *condictio*, es que la abstracción evita que la nulidad se agote en el contrato obligatorio y evita que se extienda a la transmisión, generando una adquisición *a domino* por el tercero cuyo derecho escapa de la nulidad del eslabón anterior (p. 47).

El abandono de la tesis causalista del título y modo por Savigny, se hizo más notorio desde su crítica expresa a las nociones que los propios iurisconsultos tenían respecto al contrato, pues las tachó de inexactas, cuyas influencias hacia las doctrinas del derecho natural, también le sirve para cuestionar ésta última; su ataque sobre la concepción Kantiana, todavía es más directa, en tanto señala que él otorga “*una definición del contrato más limitada todavía que la de los jurisconsultos*”, como el acuerdo de voluntantes preparatorios de la transferencia que se cumple luego vía tradición (Savigny, 1879, T. II, pp. 103, 359-360).

La transmisión de propiedad es el negocio abstracto más importante, el nacimiento de tal dogma, se remonta a la *iusta causa traditionis* romana, sin embargo, la doctrina del cual partieron los redactores del BGB respecto a la transferencia de propiedad como

contrato real fue creada por Savigny, a pesar que en la moderna ciencia del Derecho Romano, la *traditio* no fue un contrato abstracto, es que para los autores del Código, la doctrina causalista del título y modo se “apartaba del punto de vista correcto” (Flume, 1998, pp. 218-219)

La tesis abstracta de Savigny, según Rodríguez (2012) fue acogida por la doctrina alemana y llevada pronto al plano legislativo, comenzando por el Código Civil de Sajonia (1863) y la Ley de Prusia sobre transmisión de inmuebles (1872) que instauró la inscripción de un acto particular de disposición como condiciones de su transmisión. Con esos antecedentes y pese a algunas voces críticas como las de Gierke quien consideraba al sistema abstracto como extremadamente conceptual y ajena a la realidad, no lograron frenar la instauración legislativa del sistema abstracto en el Código Civil (BGB) que entró en vigor el año 1900, tiempo en el cual, para la mayoría de la doctrina alemana romanista la *traditio* romana era un negocio abstracto respecto a la obligación que la originaba (pp. 47-48). La conjunción del BGB y la Ley prusiana, hacía nacer pues el sistema de transferencia alemán muy auténtico que exige un acuerdo real seguida de su inscripción en el registro de predios.

Sobre el sistema de transferencia actual o vigente, Drobnig (2009) resume que requiere de dos actos: (a) en primer lugar, el denominado acuerdo real y, (b) en segundo lugar, el acto de transmisión en sí, que no es si no la inscripción del acuerdo en el Registro de la Propiedad (p. 118)

Desde su instauración, son tres los pilares que sustentan el sistema de transferencia inmobiliario alemán: (i) La diferencia entre los negocios jurídicos obligatorios y negocios de disposición o negocios de derechos reales dentro del cual se ubica el acuerdo real o *Auflassung* como un negocio abstracto. (ii) la inscripción registral constitutiva y (iii) el principio registral de presunción de exactitud como correlato necesario de la inscripción constitutiva. De cada uno nos ocuparemos a continuación.

3.5.1.El acuerdo real o *Auflassung* como negocio jurídico abstracto de disposición.

Se podría decir que hay consenso casi absoluto respecto a que, en el ordenamiento jurídico civil alemán, dentro de los negocios jurídicos de naturaleza patrimonial hay dos tipos de negocios jurídicos marcadamente diferenciados, los negocios jurídicos obligatorios carentes de aptitud para constituir derechos reales y los negocios jurídicos de disposición, con aptitud para la mutación de las situaciones jurídico-reales, dentro de los que se ubica la *Auflassung* o acuerdo real⁷⁰.

Flume (1998) entiende que la disposición es un concepto emanada de la abstracción, en los que están comprendida los negocios jurídicos cuyo objeto es la directa transmisión, modificación o extinción de un derecho, esto es, de la posición jurídica del anterior titular, más no alude a la adquisición. Agrega que se contrapone al concepto de negocio obligatorio⁷¹ (p. 180). Aquella distinción, resulta de capital importancia para el sistema del derecho privado alemán, porque, además, las formas y requisitos establecidos para los negocios jurídicos de disposición no siempre son exigibles al régimen de los negocios obligatorios (Von Tuhr, 2005, p. 225).

La distinción entre negocios jurídicos obligatorios y reales bajo la égida de Larenz (1978) guarda una relación estrecha con la diferencia que existe entre los negocios obligatorios y los negocios de disposición. Los obligacionales tienen como objeto la creación, modificación o extinción de una relación obligatoria, siendo su ejemplo más llamativo la compraventa; por su parte, los negocios jurídicos reales tienen como fin la constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real, cuyo ejemplo es la transmisión real de la propiedad prevista en el Artículo 925° del BGB (p. 430-431).

⁷⁰ “En el derecho alemán, en toda mutación jurídico-real producida por negocio jurídico cabe distinguir dos elementos: a) el negocio obligacional o acto causal (*causalgeschäft*), contrato celebrado por las partes que sirve de causa a la transmisión, pero que carece de trascendencia real; y b) el negocio dispositivo, dirigido exclusivamente a la modificación real (...)”. (Chico, 2000, p. 59).

⁷¹ Von Tuhr, A. (2005) es de la misma opinión en cuanto señala que “El negocio dispositivo se opone al negocio obligatorio. Ambas especies pueden implicar una pérdida y, en consecuencia, una atribución patrimonial a favor de otra persona. Pero en tanto que el acto de disposición constituye una alteración del activo, la asunción de la obligación produce un aumento del pasivo, sin que por ello el activo resulte alterado directamente. El acreedor no adquiere derechos sobre elementos determinados del patrimonio de su deudor; aun en la hipótesis de que una cosa que se halla en ese patrimonio, sea objeto de crédito, este no da lugar a una relación jurídico del acreedor respecto a esta cosa, sino respecto a la persona del deudor y a su patrimonio” (p. 225)

Los negocios jurídicos reales o negocios jurídicos de disposición gozan de algunas características especiales como la absolutividad (opera frente a todos y bajo todos los aspectos jurídicos) y publicidad a través del Registro de la Propiedad; la primera guarda relación íntima con el principio de determinación o especialidad de la cosa objeto de transferencia, porque de otro modo, tampoco se viabilizaría el principio de publicidad, pues los negocios de disposición se rigen por una condición dual, la declaración de voluntad y el factor ejecución que es la inscripción; pero, el rasgo más esencial atribuible a este tipo de negocios es su naturaleza abstracta (Westerman *et all*, 2007, pp. 69-80).

¿Qué significa abstracción de la causa?

Hedemann (1995) explica: si bien nadie adquiere el derecho sin causa o razón justificante, es decir, quien transfiere una propiedad no lo hace por la mera transferencia, más bien lo hace a causa de una finalidad de carácter económico que es verificable en la relación determinada, llamada relación causal o simplemente causa, por ejemplo, la compraventa, sin embargo, el caso alemán es que el negocio jurídico real se aísla conceptualmente de tal causa (p. 38). El autor propone el ejemplo: A vende su casa a B, este negocio jurídico instituye la relación causal, pero no pasa de ser una relación obligacional incapaz de generar una mutación jurídico-real o transferencia, para ésta última se requiere de un negocio jurídico especial, el negocio jurídico real y su inscripción en los registros públicos. En las operaciones económicas de la vida práctica los negocios jurídicos de disposición se encuentran estrechamente ligadas a la causa, sin embargo, el BGB alemán ha llevado a cabo una rígida escisión conceptual (p. 39).

Mientras que los negocios obligatorios como la compraventa, permuta o donación, a consideración de Larenz (1978) sólo preparan la trasmisión, ésta en sí se produce mediante la disposición sobre el derecho respectivo, es decir, mediante un contrato real (p. 439). Él coincide con Lehman en cuanto a que en las operaciones económicas cotidianas el contrato obligatorio y el contrato real se realizan conjuntamente, por ejemplo, la compraventa y la transferencia del inmueble objeto de la compra; sin embargo, aquél acto que a la vista diaria es unitaria en el BGB es dividida en tres negocios jurídicos: primero, mediante la compraventa se obligan los contratantes a

recíprocamente al pago del precio y a la entrega y transferencia de la cosa, en cumplimiento de dicha obligación, se produce el segundo negocio jurídico que es real en lugar de obligatorio, esto es, negocio concreto de transferencia o negocio de disposición del vendedor sobre su propiedad, mientras que el tercer negocio jurídico, también real, es el pago del precio que importa la transferencia de la propiedad de aquellos metales o valores. Pero el BGB ha ido aún más lejos, pues, en principio, la validez del negocio real —la disposición del inmueble— no depende de la validez del negocio obligatorio a pesar de que se realiza en cumplimiento de ésta última, ello supone que aún cuando el negocio obligatorio del cual se deriva el negocio jurídico traslativo fuera nula, la transferencia efectuada por las normas del derecho de cosas es válida. Aquella separación o independencia de la transferencia respecto al negocio obligatorio es lo que configura el “carácter abstracto” del negocio jurídico real (pp. 440).

El itinerario de los actos negociales hasta concluir con la transferencia de propiedad inmueble desarrollado por Martínez (2009) es que, ésta comienza con el negocio obligacional en la que se expresa la obligación de transferir la propiedad, el cual es un negocio formal que exige escritura pública de conformidad con el artículo 311° del BGB, luego el negocio jurídico de disposición o “acuerdo real” o “*Auflassung*” establecida en su artículo 925°, que debe ser celebrado ante un funcionario público (ante un notario en la actualidad) y finalmente la inscripción registral de conformidad con su Artículo 873⁷² (p. 91).

La locución *Auflassung*, en sus inicios significaba también *Lassung*, *resignatio*, *dimisio*, tiempo después pasó a referirse a la remisión de la posesión sólo o posesión y propiedad (*se exitum dicere*), a veces inclusive a ésta declaración más la aceptación de la misma por el adquirente; por último, después de la extinción de la *Gewere* llegó a

⁷² “§ 873. Adquisición mediante contrato y registro.

(1) Para transferir la propiedad de un inmueble, gravar una propiedad con un derecho y transferir o gravar tal derecho, requiere del acuerdo de la persona con derecho y la otra parte sobre la ocurrencia del cambio de titularidad de tal derecho y la inscripción registral en el registro inmobiliario, a menos que la ley prescriba lo contrario.

(2) Antes del registro, las partes involucradas solo están obligadas por el acuerdo si las declaraciones son notariadas o enviadas o se hacen ante el registro inmobiliario o si la persona con derecho ha otorgado a la otra parte la aprobación de registro de acuerdo con las disposiciones del registro de la Propiedad” (BGB, Gaceta de Leyes Federales I p. 42, 2909; 2003 I, p. 738).

significar el acuerdo de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, e inclusive ya la misma transmisión, es decir el acuerdo de transferencia más su inscripción⁷³. (Enneccerus *et al*, 1971, p. 151).

La *Auflassung* es entonces un negocio jurídico real, de disposición y abstracta. Conforme entiende Flume (1998) en el negocio abstracto, para la eficacia de su objeto que es la transferencia a secas, lo único que importa es el negocio mismo de atribución, sin considerar si existe una causa que justifique la traslación, es una suerte de inversión del apotegma medieval hacia *cessante causa non cessat effectus*; la auténtica expresión de ello si la compraventa resulta ineficaz y con ello falte la causa de la transferencia, a pesar de ello, opera y es válida la transmisión de la propiedad, justamente por la abstracción (p. 197).

El más explícito ejemplo de abstracción es graficado por Hedemann (1995): si A vende un inmueble a B en setiembre, en octubre se practica la inscripción en el registro y luego en noviembre el comprador B, resuelve el contrato por un defecto, se dan las siguientes situaciones: (i) en setiembre aún no existió transferencia, la propiedad sigue detentándolo A, (ii) pues ésta recién en octubre se producirá la mutación jurídico-real, (iii) mientras que la impugnación de noviembre genera la ineficacia de la compraventa, a pesar de ello, B seguirá detentando la propiedad, (iv) la solución al desequilibrio patrimonial se efectúa desde el derecho de obligaciones, pues si B no devuelve, A le emplazará por enriquecimiento injusto, por falta de causa, mientras que la retrasmisión se efectuará en función al derecho de cosas a través de una nueva inscripción (p. 40). Debemos agregar que la retrasmisión operará siempre que B no haya enajenado a un tercero de buena fe, de lo contrario, operará sólo resarcimiento o indemnización.

⁷³ También Eichler reseña que la *Auflassung*, en tiempos germánicos, estuvo referido al abandono (*resignare, dimmittere*) como expresión de transmisión formal del titular del predio (*exire de praedio*), acto que se realizaba en el mismo lugar mediante la entrega de algún símbolo como un puñado de tierra, ramas o hierbas. En tiempos francos, evolucionó a contrato (*sale*) que las partes celebraban con intervención de testigos y la investidura posesoria (*gewere*). Será en el S. XI que la *Auflassung* judicial se instaure como regla general, posteriormente aparece la inscripción en los libros del Registro como sustituto de la *Gewere*. Luego con la irrupción del Derecho Romano, se produjo la simbiosis de la antigua *Auflassung*, hasta que finalmente mediante la Ley prusiana de 5 de mayo de 1872 apártadonse del principio de la *traditio*, se instauró como elementos condicionantes de transmisión de la propiedad inmueble a la *Auflassung* seguida de la inscripción registral. (Martínez, 2009, pp. 90-91)

La *Auflassung* como negocio de disposición abstracta conforme al inciso 1)⁷⁴ del artículo 925 del Código Civil, es la exacta extrapolación de la concepción abstracta de la traditio romana: contrato autónomo con *animus transferendi et accipiendi domini*, pues consiste en el acuerdo real entre enajenante y adquirente necesario para la transmisión de la propiedad inmueble, se aprecia entonces que la *Auflassung* como negocio jurídico real presupone la concurrencia de dos declaraciones, por un lado, el del enajenante de transferir la propiedad a favor del adquirente, quien a su vez declara su voluntad de adquirir la propiedad (Martínez, 2009, pp. 91-92).

Resaltamos que los negocios de disposición están regulados por Derecho imperativo⁷⁵, pues a diferencia de los negocios obligatorios que vinculan sólo a las partes, los negocios de atribución, son de interés de terceros, deben ser respetados por éstos, más también por la necesidad de seguridad jurídica y claridad de la distribución patrimonial (Westermann *et al*, 2007, p. 82)

Además de la separación conceptual entre los aspectos contractuales y reales de la transmisión inmobiliaria, de conformidad con el Artículo 311° del BGB, apartado b, párrafo 1, es un imperativo que los contratos referidos a transferencia de inmuebles sean celebrados bajo forma notarial, su inobservancia, sin embargo, se convalida con la inscripción registral. Además de ese dato, Drobnig (2009) nos aproxima al texto expreso de dicho dispositivo:

Un contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir o adquirir un inmueble requiere la forma notarial. Un contrato celebrado sin la observancia de esta forma se convierte en plenamente válido en el momento de la disposición e inscripción formal del mismo en un registro de la propiedad (pp.117-118)

⁷⁴ “Título 2

Adquisición y pérdida de propiedad de la tierra.

§ 925 del acuerdo real

(1) El acuerdo entre el enajenante y el adquirente requerido para la transferencia de propiedad de una propiedad de conformidad con el Art. 873 debe declararse ante un organismo competente si ambas partes están presentes al mismo tiempo. Cada notario es responsable de recibir la declaración, independientemente de la jurisdicción de otros órganos. El acuerdo real también puede declararse en un acuerdo judicial o en un plan de insolvencia o plan de reestructuración legalmente confirmado. (2) Un acuerdo real que está sujeto a una condición o un límite de tiempo es ineficaz” (BGB, Gaceta de Leyes Federales I p. 42, 2909; 2003 I, p. 738).

⁷⁵ Martínez (2009), coincide en que “El artículo 925 es una norma de derecho imperativo, cuya infracción determina la nulidad del acuerdo real” (p. 92).

La *Auflassung* como negocio abstracto responde a la necesidad de otorgarle autonomía al derecho de cosas respecto a los negocios jurídicos que garanticen un tráfico jurídico seguro, es decir, frente a las fuentes de defectos usualmente presentes en los negocios jurídicos obligacionales. Quienes critican al sistema consideran que con la adquisición de buena fe es suficiente, siendo innecesaria la abstracción, a pesar de ello, algo incuestionable es que es un principio configurador del derecho y de *lege lata*. Todo ello es una apreciación de Westerman *et al* (2007), quien a su vez agrega que:

Si el fin se frustra –por ejemplo, si no existe la causa o desaparece sobrevenidamente– la disposición es igualmente válida; su efecto, en todo caso, debe ser corregido conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. El principio de abstracción (...) debe proporcionar seguridad jurídica y claridad a la disposición, que tiene eficacia absoluta. El resultado, sin embargo, es cuestionable desde el punto de vista de la política del derecho y no se reproduce siempre en la práctica. Así, la independencia respecto de la causa queda prácticamente eliminada cuando un defecto anula al mismo tiempo el negocio causal y el de disposición (p. 100).

Parece ser que la *Auflassung* guarda sinonimia con el concepto de convenio o *Einigung*, a pesar que éste último término es una significante más universal, debe ser entendida en el sentido del artículo 873° del BGB, como el negocio abstraído de la causa, de naturaleza estrictamente jurídico-real, en ese contexto la tesis de la sinonimia se vislumbra como adecuada. Sin embargo, Hedemann (1995) no lo asimila, a pesar de contextualizar que considerada en sí mismo, el convenio es un contrato, al que le alcanza también las reglas generales sobre los negocios jurídicos y los contratos, entonces también sujeta a las causales de nulidad que a ella le son aplicables, lo diferencia, pues señala que “(...) *la trasmisión formal del dominio (Auflassung) ...es el supuesto más importante de ‘convenio’ en el ámbito del derecho de cosas (...)*” (p. 119-162).

El mismo Drobnič (2009) equipara a la *Auflassung*, pues precisa que el acuerdo real, en alemán *Einigung*⁷⁶, es un acto que contiene la voluntad del vendedor de transmitir la propiedad al comprador y la de este último de constituirse en propietario. Este negocio especial, puede expresarse en un documento separado del negocio causal

⁷⁶ Es capital la aclaración formulada por Chico (2000), en el entendido que el acuerdo real es el rezago de lo que antaño fuera la *Auflassung* o acuerdo de investidura que en la codificación (BGB) fue sustituida por la *Einigung*. (pp. 58-59).

(compraventa), usualmente, empero, se suele declarar en el mismo, aunque en un apartado especial, al final del contrato del negocio causal; sólo que debe ser celebrado con intervención notarial. La razón para separar el convenio, del negocio causal, también es que el registrador califique exclusivamente aquel para extender el asiento de inscripción registral, sin entrar a interpretaciones, ni investigar las condiciones del negocio causal que origina la transferencia, “*él puede y debe basarse exclusivamente en el escueto acuerdo real*”. (pp. 118-119).

Hedemann (1995) describe algunos rasgos de la *Auflassung*: (i) Es un negocio que se superpone al negocio causal, cuya celebración, es exigida por el artículo 873° con la “*presencia simultánea de ambas partes en la oficina del Registro*”, pero precisa, que esta exigencia se ha flexibilizado, pues también se le ha confía la participación de otros funcionarios en la recepción de la *Auflassung*, los notarios juegan un papel importante, ya que reciben y trasladan al Registro, inclusive desde la ordenanza de 11 de mayo de 1934, aquellos reciben *Auflassung* con eficacia fuera de su propio Lander; más por ordenanza del 9 de enero de 1940, se les ha imbuido de tal competencia a los juzgados de distrito. (ii) Establecida la relación causal (ejemplo compraventa), el vendedor está obligado a formular la *Auflassung*, en caso de negarse puede ser demandada para que la formule, si es fundada la demanda “*se tiene por emitida su declaración*”. (iii) Debe crear relaciones claras y definitivas, de modo que no admite condición ni términos. (iv) requiere de intervención oficial, que usualmente viene a ser la autorización para la enajenación de fincas agrícolas o forestales, sin cuya autorización será nula. (pp. 164-165).

3.5.2. La inscripción registral de la *auflassung* como expresión del sistema registral constitutivo.

Se ha señalado que el sistema de transferencia alemán debe su éxito a su base catastral, sin embargo, desde mi particular perspectiva, mas bien, es su vocación hacia la fe pública registral, pues la instauración germánica de la inscripción como elemento condicionante de la adquisición del derecho de propiedad es anterior al catastro. Ennecerus *et al* (1971) narra que los primeros libros registrales se abrieron por distritos

municipales, luego, a cada calle y por último para cada casa, allí se registraban otros actos, no sólo la trasmisión inmobiliaria, que posteriormente, *la inscripción registral se convirtió en parte del supuesto de hecho constitutivo de la modificación jurídica* (citando a Rehme), de modo que la transferencia se practicaba mediante declaración ante el Tribunal sobre la transferencia (*Auflassung*) e inscripción del mismo en el registro inmobiliario, que recibió un frenazo por la recepción del derecho romano que exigía la *traditio*, a pesar de ello, la vocación a la fe publica registral subsistió hasta que nuevamente en el año 1872 se instauró en Prusia, eliminándose la *traditio*, retornando al genuino derecho alemán, desde el cual, el derecho de propiedad nace inclusive con la mera inscripción, por el principio “*lo que está en el registro es exacto porque el registro lo dice*”, a tal nivel que la validez del acuerdo de trasmisión ya ni era presupuesto inexorable como debía serlo. Visiblemente, este último fue una exageración en el principio del sistema que se corrigió mediante leyes prusianas complementarias del mismo año, incorporándose el denominado *principio de consentimiento material de la inscripción*, por la cual, la trasmisión o cualquier modificación de los derechos reales inmobiliarias, precisa como elementos condicionantes, no sólo de la inscripción, sino también el acuerdo real, pues si falta este último, el registro inmobiliario es inexacto (p. 154-155).

Desde entonces, el particular adquiere derechos reales inmobiliarios exclusivamente por la vía registral, es que la inscripción es un elemento inexorable o condicionante para la adquisición, especialmente del derecho de propiedad, es la expresión del principio de inscripción, que en resumen significa que “*no hay adquisición sin inscripción*”; huelga decir que el artículo 873° del BGB exige un doble requisito, esto es, además, del convenio de las partes, se requiere la inscripción registral. (Hedemann, 1955, p.116)

La legislación que regula el sistema de inscripción alemán se halla esencialmente en algunos capítulos del BGB, la Ordenanza hipotecaria del 5 de agosto de 1935 cuyo antecedente se halla en la Ordenanza de 1897; no se puede perder de vista, además, que mediante Decreto del 23 de enero de 1940 se introduce el Catastro como “inventario oficial” y la Ley de modificación en materia de Registro de 20 de diciembre de 1963, entre otros, consolidan un sistema registral constitutivo (Chico,

2000, p. 57). Como había precisado la introducción del sistema de catastro fue posterior a la adopción del sistema registral constitutivo, el principio de inscripción registral obedece más bien al espíritu germano de otorgarle publicidad a los actos de transferencia, más el sistema de catastro es la coronación del más avanzado sistema en la seguridad⁷⁷ jurídica a la transferencia o cualquier tráfico inmobiliario.

No cabe duda que el sistema de transferencia inmobiliaria con un sistema registral constitutivo fue erigido sobre la base de la Ley prusiana del 5 e mayo de 1872, después vino la Ley del *Reich* del Registro inmobiliario (LRI) del 24 de marzo de 1897, el Decreto de modificación del 5 de agosto de 1935, vigente desde 1 de abril de 1936, que es considerado como el derecho inmobiliario *formal*, en contraposición a las normas del BGB, especialmente del Artículo 873°, que es el derecho inmobiliario *material*, por cuanto el primero regula la competencia y procedimientos, mientras que el segundo establece las condiciones para las modificaciones del derecho con efecto real. (Ennecerus *et al*, 1971, pp.155-156)

Para Hedeman (1955) todo el tráfico jurídico inmobiliario, es decir, en su plenitud, está subordinado a la inscripción registral, pues tanto para la extinción de derechos, la modificación de su contenido, especialmente el Artículo 873° del BGB, establecen tal inexorable elemento, en los términos siguientes:

Para la transmisión del dominio sobre una finca, para gravar una finca con un derecho, así como para la transmisión o el gravamen de tal derecho, son necesarios el conveio del titular con la otra parte acerca de la producción de la modificación jurídica, y la inscripción de esta modificación en el Registro, siempre que la Ley no disponga otra cosa. (pp. 116-117)

Drobnig (2009) asume una postura consonante con la de Hedeman respecto a que la inscripción en el registro de propiedad es el segundo paso de la transmisión de la propiedad, por una razón elemental, el derecho de propiedad para su eficacia extra

⁷⁷ Se advierte claramente en Savigny (1879) “Las materias mas importantes y numerosas sobre las cuales el error podría ejercer su influencia, serían las transacciones comerciales ordinarias y especialmente los contratos, comprendiendo los contratos obligatorios y la tradición que, por su naturaleza, lo es también. Pero aquel error sea de hecho o de derecho, excusable o no, no tiene en principio ninguna influencia: así, pues, la venta determinada por el error es firme; la tradición, resultado de un error, es perfecta. El único medio de proteger al comercio contra la arbitrariedad y una incertidumbre sin limites, es quitar en tal materia toda influencia al error, fuera la que fuese la forma en que dicha influencia se mostrara. **Así el contrato determinado por el error, no es nulo en sí y no se le podría atacar ni por una demanda ordinaria ni por medio de la restitución**”. (T. II, pp. 359-360)

partes, es decir, frente a terceros, requiere de un medio de publicidad. El mismo autor añade que si bien puede pensarse que ese sistema tan complejo, burocrático y caro, empero, la transmisión inmobiliaria bajo la égida de la inscripción constitutiva ha significado romper con la regla romana “*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet (nadie puede transmitir a otro más derecho de los que uno mismo tiene)*”, que conlleva a la *probatio diabólica*, como tal resulta demasiado arriesgado para la transmisión inmobiliaria, por lo que se optó más bien por “*garantizar que quien adquiere del titular registral ha adquirido del verdadero propietario*”, que no es una arbitrariedad, sino el producto de una búsqueda de la cadena de títulos que va lo más lejos posible, de modo que la autenticidad de la inscripción registral genera una alta confianza en las enajenaciones posteriores. (pp. 119-120).

Como síntesis se puede señalar que la *Eintragung* (inscripción registral) es un presupuesto condicionante junto con el acuerdo real para la transferencia de propiedad inmobiliaria, de modo que la inscripción tiene carácter constitutivo (Martínez, 2009, p. 94). Deduce la misma autora que, de la lectura conjunta de del BGB y la GBO, la mutación jurídico-real de la propiedad inmobiliaria exige dos presupuestos (p. 96):

- (i) El acuerdo real, que no es sino, la eficacia y coincidencia de las declaraciones de enajenar y adquirir por el transmitente y adquirente, respectivamente, ello de conformidad con los artículos 873° y 925° del BGB.
- (ii) La inscripción en el registro de la *Auflassung*. Este procedimiento exige a su vez:
 - ii.1. Un acuerdo para la inscripción, que ostenta una cualidad procedimental, ello de conformidad con el artículo 13° del GBO.
 - ii.2. La aceptación de la inscripción, que a diferencia del acuerdo real es una declaración unilateral y recepticia, pero igual de abstracto.

Finaliza la misma autora que la *eintragung* no se considera parte del acuerdo real, pues la doctrina mayoritaria opina que la inscripción registral es un acto oficial independiente de la *Auflassung* pero inexorable para su eficacia, es que considerarlo

parte, conllevaría a la desprotección de la seguridad del tráfico⁷⁸ en tanto la nulidad del acuerdo alcanzaría también a la inscripción, lo cual, no va acorde con la filosofía del sistema abstracto y constitutivo sobre el que se erige la transferencia inmobiliaria (p. 96).

3.5.3. El binomio presunción registral de exactitud e inscripción constitutiva.

La inscripción constitutiva no puede funcionar si no de la mano con dos principios esenciales, uno de los cuales es manifiesto, la fe pública y el otro que merece explicación, esto es, la presunción de exactitud, o denominada presunción de existencia real de los derechos inscritos. Es que, como acierta Hedemann (1955) cuando se trata de predios, se toma como elemento de inicio el Registro y se “presume” que el propietario registral lo es también en la realidad, presunción que se extiende también a cualquier derecho inscrito, la presunción también opera en su vertiente negativa, es decir, si en el registro figura que está cancelado un derecho, también se presume su inexistencia, tal presunción está recogida en el artículo 891° del BGB (p. 127).

La presunción parte de la premisa que es admisible que exista discordancia entre la situación jurídica verdadera y el registro inmobiliario, es decir, el registro podría incurrir en inexactitud como una situación excepcional, allí es que entra la presunción de exactitud (artículo 891° del BGB) y la figura de protección al tercero de buena fe (artículo 892° del BGB) (Ennecerus, 1955, p. 264).

Por el imperio de los actos de inscripción y las cancelaciones, el registro alemán es un registro correcto, resultante de un procedimiento estatal con unas comprobaciones cuidadosas orientadas a lograr una seguridad necesaria, a partir de ello, el artículo 891° del BGB, establece la presunción de existencia del derecho inscrito y de no existencia de un derecho cancelado, es un paralelismo entonces con la presunción de propiedad favorable a quien detenta la posesión (Westerman *et al*, 2007, p. 940)

⁷⁸ “Desde el punto de vista de la política jurídica, la actitud del C puede justificarse por el deseo de evitar que las eventuales dudas sobre la validez del negocio causal, eficaz solo inter partes, pudiera dañar la claridad de la situación jurídica real” (Ennecerus *at al*, 1971, p 224.)

La presunción de exactitud está inescindiblemente ligada a la inscripción constitutiva, pues si el derecho real nace sólo con la inscripción, no es admisible la existencia de un derecho extraregistro o un derecho paralelo como sí es posible en los sistemas registrales declarativos, en buena cuenta, la presunción de exactitud es una consecuencia natural del principio por el cual “*no hay adquisición sin inscripción*” o ese dogma arcaico según el cual “*lo que está en el registro es exacto porque el registro lo dice*”, al que se hizo alusión *ut supra*.

Si la inexactitud es admisible aún en los sistemas constitutivos, se debe a que el asiento o la inscripción registral puede haberse extendido en virtud a un acuerdo real vicioso o inexistente, del cual no tenga conocimiento el adquirente. De cualquier forma, la presunción de exactitud tiene que ver más con la inversión de la carga de la prueba, además, como toda presunción goza de relevancia en el orden procesal, pues quien demanda fundándose en el derecho inscrito basta que afirme con tal respaldo, más ya no tiene que probarlo (Ennecerus, *ibíd.* p. 265.)

La presunción de exactitud, según observa Westerman *et al* (2007) parte de ciertos presupuestos: (i) supone la inscripción admisible, de modo que, si se han extendido asientos registrales inadmisibles, no se puede hablar de una verdad de la existencia, además, las inscripciones defectuosas son eficaces hasta su anulación, salvo la nulidad. (ii) En tanto la publicidad registral no es de hechos, sino de derecho, la presunción alcanza sólo a este último. (iii) La presunción no se extiende a las condiciones jurídicas del titular inscrito, por ejemplo, a partir de ello no se presume su capacidad jurídica. Además, es importante tener en cuenta que la presunción opera, por antonomasia, a favor y en contra de todos. Como un aspecto final a tener en cuenta es que se trata de una presunción derrotable, pues es posible corregir la inexactitud, a través de la prueba contra la presunción tal como manda el artículo 292° de la ZPO (pp. 941-943)

Se puede concluir que hay una relación natural o necesaria entre el sistema registral constitutivo y la presunción de exactitud, una suerte de mutua retroalimentación, cuya extrapolación a los sistemas registrales declarativos constituye un desacierto, porque conlleva una aporía insuperable, pues si el derecho muta extraregistro, la inexactitud es la constante.

3.5.4. Algunas observaciones importantes al sistema alemán

El sistema de transferencia erigida bajo la abstracción, por su novedad, particularidad y complejidad, ha sido motivo de inquietudes incansables no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia, buscando limitarlas. Dice Flume (1998) que las objeciones se estimulan especialmente porque no se encuentran en ningún otro ordenamiento jurídico vigente, ni en la historia del Derecho conocida. Abunda el autor en que la abstracción a priori es neutro, pues la finalidad de desligar la atribución del negocio de disposición de las posibles patologías que le puedan afectar al negocio causal subyacente, debido a que la configuración causal de la transferencia inmobiliaria, expone a demasiados riesgos la seguridad del tráfico, puesto que el ámbito de protección de la buena fe registral no es suficiente, más bien por la abstracción se logra mantener la adquisición de la propiedad, equilibrando las atribuciones con la institución del enriquecimiento injustificado. Para comprender su real magnitud no sólo se debe apreciar la abstracción en la relación comprador y vendedor, pues en esa perspectiva, ni tiene real importancia, sino hay que apreciarla desde la perspectiva del tráfico jurídico, pues para el tercer adquirente y para los acreedores de este es importante estar libre de las impugnaciones del negocio causal. Concluye el autor que el negocio abstracto puede decaer válidamente por contravención a las buenas costumbres y la aceptación de mala fe de un pago por error (pp.219-221).

Debemos señalar que no hay acuerdo en la doctrina sobre si el acuerdo real más la inscripción son un solo acto unitario, o por lo contrario son actos separables e independientes, en la referencia que se hizo a Martínez, precedentemente la *eintragung* no se considera parte del acuerdo real, sin embargo, existen voces disidentes respecto a la naturaleza separada de ambos negocios.

Según Ennecerus *et al* (1971): (i) el conjunto de ambos negocios (*Auflassung + eintragung*), constituyen un negocio jurídico de disposición contractual, real y abstracto; es decir, el acuerdo y la inscripción son una disposición en tanto hay un disponente que es el titular cuyo derecho inmobiliario se trasmite. (ii) además, son un

contrato, a pesar que se le niega con frecuencia, porque la inscripción no es una declaración de voluntades, sino un acto estatal y de derecho público, empero la modificación del derecho real es un contrato, en tanto está sujeta a las reglas de la contratación. (iii) Son un contrato real, toda vez que su efecto jurídico inmediato es la creación, modificación o transmisión de un derecho real en contraposición al nacimiento de una obligación, que ni es admisible, por ejemplo, no es posible el acuerdo real a *favor de tercero*. (iv) Ambos son un contrato abstracto, porque al ser independiente del negocio causal, si esta está viciada de nulidad “el derecho inmobiliario constituido o transmitido sólo da lugar a acciones de repetición o condiciones, a tenor de las normas sobre el enriquecimiento injusto” (pp. 224-228).

Un aspecto importante es que además de la abstracción que es aplicable para todos los negocios de disposición, estos, en cuanto a inmuebles, todavía gozan de un tratamiento especialísimo, así el artículo 313° del BGB exige para los negocios de obligación de transferencia inmobiliaria documentación judicial o notarial, a efectos de proteger al disponente de un apresuramiento en un negocio jurídico tan importante, tal defecto, si bien, según el apartado 2 del propio artículo puede ser convalidada por el *Einigung*, aunque eso en la práctica es imposible, porque precisa la presentación de documento donde conste el negocio obligacional, el propio acuerdo de transmisión (*Einigung* o *Auflassung*) también está sujeta a una formalidad por el artículo 20° del GBO (ante notario o autoridad equivalente con presencia coetánea de las partes), debe ser expresa y no admite celebración por actos concluyentes, se estila “*nosotros estamos de acuerdo en que la propiedad se transmita*”, además, el imperativo de necesaria identificación, exige que se consigne el número de la partida registral o catastral del predio; en consecuencia, tanto el negocio obligacional como el dispositivo están sujetas a control estatal a efectos que se cautele los intereses públicos, especialmente los referidos a usos agropecuarios o forestales (Westerman *et al*, 2007, pp. 990-993)

Ennecerus *et al* (1971) aseguran que se exige la coincidencia del acuerdo e inscripción, como condición para que opere la transferencia, si se ha inscrito un evento diferente a lo acordado por las partes, no operará ni la transferencia acordada, ni la inscrita; la *Auflassung* puede preceder a la inscripción o también ser posterior, si es precedente no debe haber sido anulado hasta la extensión del asiento, entre tanto, el propietario aún

conserva la propiedad, ostenta posibilidad de enajenarlo inclusive, el adquirente todavía no ha adquirido la propiedad, como consecuencia, tampoco puede disponer, ni reenajenarlo o gravarlo, pues no ha obtenido, sino sólo una expectativa de derecho; en caso la inscripción precede al acuerdo, se genera una apariencia de propiedad e inexactitud, el acuerdo puede generarse mientras subsista la inscripción. (pp. 229-234)

Westerman *et al* (2007) también se enrolan a la tesis del negocio unitario, en efecto, están convencidos que la consecuencia jurídica que es la transferencia, está condicionada o guarda una relación de dependencia de la realización conjunta del acuerdo real + la inscripción registral, sin importar el orden cronológico. Estas, además, deben coincidir en su contenido, en sentido contrario, si hay divergencia no operará la transferencia. (pp. 984-985).

Los autores no explican bien el carácter convalidante de la inscripción registral en el sistema de transferencia alemán. En esta investigación asumimos que los efectos convalidantes se dan precisamente por la desconexión o abstracción entre el negocio jurídico obligatorio y la *auflassung*, sin embargo, como hemos visto la desconexión no escala hasta el nivel que la *Eintragung* sin *Auflassung*, mas bien, es la conjunción de ambos elementos lo que configura el traspaso del derecho de propiedad. Desde allí, se entiende que los efectos convalidantes suponen la abstracción o separación del negocio jurídico obligatorio y la inscripción registral (*Eintragung*), pues a pesar de la nulidad o cualquier vicio que afecta al negocio causal, no significará la cancelación de la *Eintragung*, sino que el equilibrio roto se restaurará vía acción personal de retrasmisión, y si ello no fuera posible, vía indemnización por enriquecimiento sin causa. En buena medida, la nulidad del negocio causal, no retrotrae la inscripción registral, sino que ésta persiste, la restauración del equilibrio alterado es mediante actos consecuentes, es decir, actos que siguen la cadena de la inscripción practicada cuyo negocio causal decayó por nulidad, esto es, como efecto propio de esa inscripción registral sin causa o con causa nula.

Ocupándose del registro alemán, Rossel (2009), asevera que aquel no sólo es constitutiva, sino es, sobre todo, convalidante, solemnidad que es un eco del Derecho medieval de investiduras, en el cual, el título se imponía al señor por autoridad, pero el derecho lo adquiriría en virtud a las solemnidades visibles. Así, el dominio

inmobiliario se adquiere por actos sobre el registro que equivale al acto de investidura no siendo relevante en demasía la validez del título, ni la titularidad del enajenante, se dice, por ello que la adquisición del derecho inmobiliario es *per sacramentum* o por la solemnidad de la inscripción registral (*Eintragung*), los derechos adquiridos de tal manera no pueden “deshacerse ni aun cuando ha existido error o vicio”.

Como se aprecia a continuación, sobresale la separación causa y acuerdo real, así como el carácter convalidante de la inscripción registral.

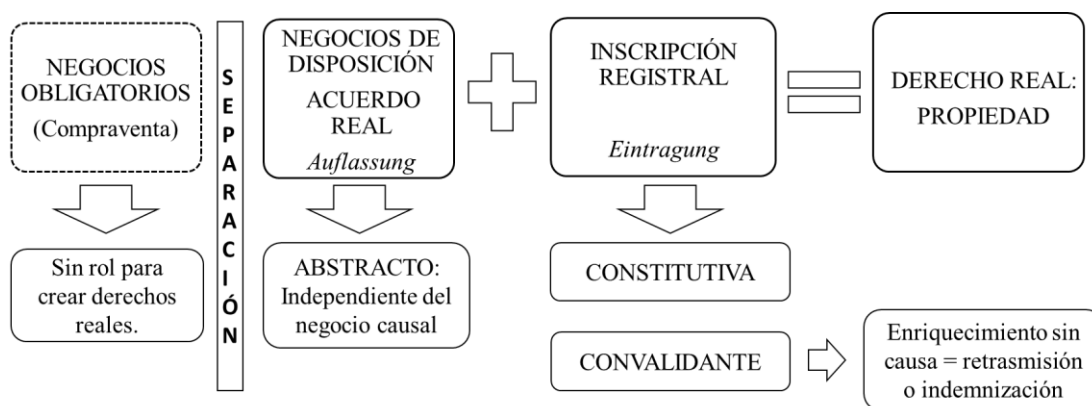


Fig. N° 08 (elaboración propia)

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN COMPARATIVA DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA EN LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA.

En el capítulo anterior se ha esbozado ampliamente los sistemas matrices que existen en la tradición romano-germanística. En este capítulo se analiza los Códigos más representativos, tanto de Europa, como de Latinoamérica, siguiendo justamente el criterio de agrupación en función a los referidos sistemas matrices, obviamente con las matices y particularidades que cada uno representa.

4.1. EN EL ÁMBITO EUROCONTINENTAL.

4.1.1. Los ordenamientos jurídicos que acogen el sistema del título y modo.

(i) El Ordenamiento jurídico español.

La historiografía jurídica da cuenta de la afiliación romanista del Derecho Civil Español, porque especialmente, los doctores y comentaristas de la Edad Media, construyeron la teoría del título y modo, al cual, según Guzmán (2015), no fue ajena

las *Partidas* de Alfonso el Sabio, así se aprecia en Part. III, tít. 28º, leyes 46º y 47º, que la *traditio* mano a mano es aludida como “apoderamiento corporal” a “derecha razón” equivalente a la *iusta causa* (p. 332-333)

No podría ser de otro modo, la filiación romanista se mantuvo en la moderna codificación española. El sistema de transferencia inmobiliaria que adopta el Código Civil español, promulgada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889⁷⁹, es anunciada *ab initio*, puesto que el artículo 609º, que, como disposición preliminar, respecto a los diversos modos de adquirir la propiedad, formula un elenco de formas de adquisición desde la ocupación, pasando por la donación, prescripción, y respecto a la adquisición por transferencia entre vivos, deja sentado que la adquisición se efectúa “(...) *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”(Andruet, Código Civil Español, BOES, 2020, p. 104). Es la primera señal de la dualidad de la exigencia del título y modo, el primero la compraventa que contiene la obligación de enajenar, pero sin fuerza traslativa que, finalmente descansa en la tradición, por ello el énfasis “*mediante la tradición*”.

Es importante tomar nota que de conformidad con el artículo 1280º, Inciso 1º, los actos trasmisivos, modificatorios o extintivos de derechos reales sobre bienes inmuebles, debe constar en documento público, en buena cuenta, es imperativo que el título en que conste la obligación de transferencia (compraventa) conste en una escritura pública. Además, por mandato del segundo párrafo del artículo 1462º, salvo pacto en contrario, el otorgamiento la escritura pública respecto a la venta, equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato. Se infiere que, en consecuencia, el otorgamiento o celebración del acto mediante escritura pública y entrega, son equivalentes, por lo demás, como aseveran Diez-Picazo y Gullón (1997), la *traditio* opera por la mera elevación a escritura pública del acto obligatorio (compraventa) “sin necesidad de un acuerdo traslativo expreso, es decir, sin necesidad de que las partes manifiesten además del consentimiento contractual, otro dirigido a que la entrega se efectúe por aquel otorgamiento” (p. 69)

⁷⁹ El Código acaba de pasar una reforma por el que se introduce cambios sustanciales en materia de discapacidad como medida de implementación legislativa derivada de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 8/2021, de 2 de junio - Consultor Jurídico, 2021).

Queda claro que a pesar que en el Código español se instauró el sistema del título y modo, respecto a los inmuebles, como regla general, opera en un solo instrumento o documento público, pues tanto el contrato como la *traditio* se contiene en ella misma, es la emulación de esa fórmula *tradición chartae o documental* que fue reconocida en la Constitución de Severo y Caracalla.

Según Martínez (2009) la forma de *traditio* española proviene de la Partida 3^a, Título III, Ley 8^a, que combina las dos formas de la tradición mediante documentos: la entrega de los títulos y el otorgamiento de la nueva escritura pública en la que consta la transmisión; entendiéndose en sentido contrario que si el contrato está redactado en mero documento privado no habrá aún transferencia del derecho de propiedad, pues aún faltará la *traditio* que se entiende realizado sólo con el otorgamiento de la escritura pública (p. 86). Díez-Picazo y Gullón (1997) agregan que la Base 20 de la Ley de 1888 señalaba que “Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante” (p. 66)

A pesar que la venta y la *traditio* expresada en una escritura pública son suficientes para posibilitar la transferencia de la propiedad inmobiliaria, sin embargo, esa transferencia opera sólo respecto a las propias partes, pues el artículo 606° del mismo cuerpo normativo establece que para la oponibilidad a terceros es preciso la inscripción registral del título de dominio, pues los títulos de dominio que no estén inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.

A ello hay que agregar que la Ley Hipotecaria española, desde la reforma del 21 de diciembre de 1869, instaura un sistema registral de inoponibilidad de títulos no inscritos. Eso no es para menos, según percibe Álvarez (2006) significó un salto cualitativo, pues:

No sólo implica que un título registral es preferido en su conflicto con un título extrarregistral, sino que se expropia todo derecho extrarregistral que deja de tener eficacia frente al titular registral, que llamado eufemísticamente “tercero” detenta un título pretendidamente absoluto si adquiere según el registro e inscribe. (...) Es el tránsito frente al tercero desde la ineficacia del título no inscrito a la plenitud del derecho inscrito. De algo negativo (ineficacia del título extrarregistral) a algo positivo (eficacia plena del derecho inscrito): ha nacido propiamente la publicidad. (p. 29).

En sus inicios el sistema español ostentó una inoponibilidad absoluta del título no inscrito, una inoponibilidad a ultranza que sufrió modificación o precisión por Ley de 17 de julio de 1877, el cual introdujo el concepto condicionante de buena fe en el tercero para su protección, así como el requisito de onerosidad en su adquisición, precisada además por la jurisprudencia como el auténtico tercero el que haya procedido de “buena fe”, incorporada finalmente en la reforma hipotecaria de 1944/46 (Álvarez, 2006, p. 30)

La eficacia *inter partes* y la inoponibilidad de la adquisición mediante la tradición sin inscripción registral puede colegirse sin lugar a dudas de la regulación de la múltiple venta que efectúa el Artículo 1473º del Código Civil. Es que, señala aquel dispositivo que:

Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

La figura de la múltiple venta define sin problemas el orden de prelación o preferencia, comenzando por el comprador que haya inscrito, seguido por el que tomó posesión del predio, en última instancia al que detenta la inscripción más antigua. El elemento transversal a toda esa prelación viene a ser la “buena fe” en el comprador. La duda que genera al mencionado dispositivo es si sólo al comprador a secas o al comprador que haya recibido la tradición, consideramos que debe entenderse al comprador con tradición más la inscripción registral, pues si la tradición es por el mero otorgamiento de la escritura pública, está implícito también la múltiple tradición, pues la mera compraventa no genera la transferencia de la propiedad en sí, sino, como máximo la obligación de tradición. Es que no hay que perder de vista que el sistema español es un sistema del título y modo, por tanto, un sistema causalista conjugada con un sistema registral de inoponibilidad de la tradición no inscrita. Lo llamativo es que como asevera Montes, la *traditio* no es presupuesto de la inscripción registral, pues se sobreentiende al existir el instrumento público que la origina, sólo en el caso que de la escritura pública se

advierta un acuerdo contrario a la *traditio* instrumental será evidente la ausencia de adquisición del derecho de propiedad y el título carecerá de vocación registral (Cit. por Martínez, 2009, p. 89).

Al respecto, aún desde una perspectiva discrepante sobre la naturaleza de la oponibilidad, la nota de Pau (2004) es concluyente. Él afirma que, la oponibilidad es un concepto inherente al derecho real, es su rasgo más esencial; de lo que se infiere que el registro no otorga oponibilidad a los derechos reales, pues ya detentan tal cualidad antes de acceder al registro, más bien, como señala Míquel, el registro lo que hace es dificultar la inoponibilidad a través de excepciones, es decir, lo que genera la inscripción registral es la inoponibilidad (pp. 27-28). El derecho real hay que entenderlo desde una perspectiva de coordinación entre el Derecho Civil y el Derecho Hipotecario, pues desde esa perspectiva, los derechos reales no inscritos no son oponibles a todos. Particularmente en el Derecho español (sigue Pau, 2004, pp. 31-34):

- (i) Los derechos reales son oponibles por sí mismos.
- (ii) Sin embargo, los derechos reales que carecen de inscripción registral, de los que el tercero no tenga noticia, no le son oponibles, en buena cuenta, el registro niega o genera inoponibilidad del derecho no inscrito.
- (iii) La publicidad registral es el único medio de oponibilidad absoluta y universal de los derechos reales, de tal manera que se erige como el mecanismo mediante el que *completa la oponibilidad natural* del derecho real.
- (iv) En consecuencia, en el sistema español, si bien la conjunción del título y la tradición es la que genera la transferencia del derecho de propiedad, sin embargo, el ciclo de gestación del derecho real no culmina con la tradición, es importante que ésta, para su plenitud, culmine en un asiento registral.

Diez Picazo es categórico en señalar que:

Los títulos no inscritos son inoponibles a los terceros. La inoponibilidad significa la imposibilidad de fundar en el título no inscrito una pretensión dirigida contra el tercero. Por consiguiente, cualquier pretensión que el titular no inscrito

formule frente al tercero, con fundamento en el título no inscrito, debe ser rechazada. El título no inscrito es, a estos efectos, ineficaz. (citado por Pau, 2006, p. 34).

La síntesis del iter trasmitivo del derecho de propiedad en el sistema español es que precisa de un negocio jurídico con vocación de transferencia, llámese esta compraventa, permuta, dación en pago, etc, el cual, además, debe constar en escritura pública, que a su vez equivale a la realización de la *traditio* con lo que se entiende realizada la transferencia. Sin embargo, el derecho instituido hasta allí puede sufrir ineficacia frente al que eufemísticamente se denomina el tercero registral, de modo tal que, para su plenitud traslativa, precisa de la inscripción registral, sólo así desplegará su eficacia absoluta y universal. En buena medida, como consolida Gordillo (cit. por Martínez, 2009) tres son los pilares del sistema de transferencia inmobiliario español: (i) la teoría del título y modo; (ii) la inscripción registral como forma externa de transmisión y (iii) la buena fe del que confió en el registro. (p. 89)

(ii) Ordenamiento jurídico de los Países Bajos.

El Código Civil Holandés o *Burgerlijk Wetboek (BW)*, un código con marcada influencia del Código napoleónico, data del año 1838⁸⁰, sin embargo, fue sustancialmente reformada en el año 1992, configurándose en una legislación auténtica y particular. De su división en 10 libros, destaca la existencia de títulos referidos al régimen patrimonial en general, al régimen en cuyo ámbito se dedica una regulación a los derechos reales y, por su puesto, también, está el derecho contractual, por citar las partes que nos interesa en aras de expresar en síntesis el sistema de transferencia al que se adhiere.

En el Art. 3:1 se hace una delimitación del derecho patrimonial que comprende al derecho que recae sobre todas las cosas y cualquier otro derecho patrimonial. Entendemos que el primer caso está referido a los “*real property*”, mientras que en la segunda se agrupan los derechos de crédito o “*personal property*”. Las cosas son

⁸⁰ “Although they are often qualified more or less as copies of the French model (the DCC) or the Austrian model (the SCC), some different voices on his point started to appear relatively recently. Nobody denies the strong impact of the CC on the Dutch civil codification (...)” (Abramovic, 2018, p. 15).

entidades “tangibles” o materiales capaces de ser controlados por los seres humanos, es lo que señala el Art. 3:2. Y en cuanto a inmuebles, el catálogo está conformado por tierras, edificios y construcciones permanentes adheridas a la tierra directamente o por conexión con otros edificios o construcciones, según contempla el Art. 3:3.

Por otro lado, lo relevante para las asignaciones patrimoniales está expresada en el Art. 3:10, que se infunde como el gran indicador del rol publicitario en la transmisión o configuración de los derechos, porque los “bienes registrados” o activos conformados por cosas y derechos que recaen sobre aquellos y para su transferencia es imperativa la inscripción en un registro público diseñado especialmente con tal fin.

En consonancia con ello el Art. 3:16 del *BW*, señala que los hechos con relevancia para la situación legal de los bienes como inmuebles, naves y aeronaves se inscriben en el registro público de propiedad cuyos aspectos procedimentales se regulan por la Ley de la materia. Además, pueden inscribirse actos jurídicos que provoquen un cambio en la situación jurídica de la propiedad registrada ya sea de manera directa o indirecta, demandas, otras acciones legales entabladas ante los tribunales con el fin de obtener decisión que dilucide una incertidumbre jurídica y las decisiones judiciales firmes que se refieran a la situación legal de la propiedad registrada o al poder de disposición sobre dicha propiedad, entre otros, es lo que contempla el Art. 3:17.

Si bien el Art. 3:10 nos da una idea de la función determinante del registro de la propiedad para la transferencia de la propiedad sobre aquellos bienes⁸¹, empero hasta aquí sólo se ha verificado el aspecto contextual de los derechos patrimoniales, la existencia de un registro público de derecho y propiedad sobre ciertos bienes, la inscripción de los actos o hechos jurídicos más relevantes.

La muestra sustanciosa respecto a la transferencia se avisa a partir del Título 3.4 del *BW* que trata sobre la adquisición y pérdida de la propiedad. Precisamente dentro de ella, el Art. 3:80⁸² establece la adquisición a título universal y particular, destacándose

⁸¹ “Article 3:10 ‘Registered property’. ‘Registered property’ (or ‘registered assets’) consists of assets (things and property rights therein) for which a registration in an especially for this purpose designed public register is necessary on order to establish or transfer them” (Duch Civil Law, 1992)

⁸² “Title 3.4 Acquisition and loss of property
Section 3.4.1 General provisions
3.80

entre el segundo grupo la adquisición por transferencia y prescripción. De inmediato surge la inquietud, pero ¿Cómo y cuáles son los requisitos de la transferencia de propiedad? La respuesta a esta interrogante es proporcionada por el Art. 3:84⁸³, de manera enfática y explícita establece que la transferencia de propiedad requiere de una entrega formal sustentada en una causa legal válida la misma que es efectuada por la persona que detenta poder de disposición sobre la cosa, claro, siempre que el objeto de la transferencia esté debidamente determinado, además, la transferencia presupone de un acto jurídico con vocación traslativa, es decir, en el cual concurra ese elemento romanista de la traditio traslativa, el *animus transferendi et accipiendi domini*, pues el inciso 3) resta eficacia traslativa a los actos jurídicos celebrados sin la intención de traer la propiedad al patrimonio (capital) del adquirente.

En la percepción nuestra hay una evocación a la dualidad medieval del título y modo o en buena cuenta a la traditio romana, pues la transferencia exige una entrega formal o modo sustentada en un título válido constituida por el acto jurídico que recoge la intención concurrente de transmitir y adquirir la propiedad por el enajenante y adquirente, respectivamente. Por ello es que no dudamos en incluir al sistema holandés dentro del sistema romano porque no se le puede situar en el sistema consensual, tampoco en el sistema abstracto, ya que ni el mero consenso es suficiente, ni el acto de transferencia se abstrae o desliga de la causa que lo origina.

El Art. 3:90 zanja cualquier resquicio por donde pueda asomar alguna duda sobre la vigencia del sistema romano porque la entrega formal de bienes muebles en virtud a una causa jurídica válida significa la transferencia de la posesión, pero no cualquier transferencia posesoria, sino de una manera que le permita al adquirente tener control

(...) 3. A person acquires property under particular title through a transfer, a prescription, an expropriation (compulsory purchase) or through any other way provided by law in order to acquire specific types of property rights” (Ibid.).

⁸³ “Artículo 3:84 Requisitos para una transferencia

- 1) La transferencia de propiedad requiere de una entrega formal (*) de conformidad con una causa jurídica válida por parte de la persona con poder de disposición sobre esa propiedad.
- 2) La propiedad a transferir debe estar suficientemente definida dentro de la base legal.
- 3) Un acto jurídico celebrado con la mera intención de proporcionar garantía por una deuda o realizado sin la intención de situar la propiedad dentro del patrimonio (capital) del adquirente, no es una causa jurídica válida para una transferencia de esa propiedad.
- 4) Cuando la propiedad se transfiera para cumplir con una obligación condicional, esa propiedad siempre se ha adquirido con sujeción a la misma condición que esa obligación”. (Ibid. traducción propia)

efectivo o real de la cosa, un control análogo o equivalente al que tenía el enajenante. El inciso 2) hace referencia a la *traditio ficta* en su vertiente de *constitutum possessorium*, pero a diferencia del sistema romano cualifica el esfuerzo por la protección a los terceros, pues frente a ellos, no tendrá efecto la traditio ficta, sino recién a partir del momento en que la cosa ha llegado en poder real de la parte adquirente⁸⁴.

¿Los inmuebles también exigen una entrega formal de la misma naturaleza? La respuesta es negativa. Si bien en el ordenamiento jurídico holandés la transferencia inmobiliaria también exige una entrega formal sustentada en una causa jurídica válida, aquella no ostenta la misma naturaleza que la entrega posesoria como en el viejo derecho romano, el modo (entrega formal) se realiza, conforme ordena el Art. 3:89⁸⁵ a través del otorgamiento de escritura notarial seguida de su inscripción en el registro público inmobiliario. Otorgada la escritura pública, tanto el enajenante como el adquirente tienen potestad de trasladar tal instrumento al responsable del registro inmobiliario para su inscripción. Las mismas reglas se aplican para la transferencia de

⁸⁴ “Artículo 3:90 Entrega formal de bienes muebles

1. La entrega formal, necesaria para la transferencia de bienes muebles no registrados que en aquel momento se encuentran en posesión del enajenante, se realiza mediante la transferencia posesoria de esos bienes al adquirente [permitiéndole ejercer el mismo control real sobre la cosa que el enajenante; confrontar con el artículo 3: 118].

2. Cuando el enajenante continúe ejerciendo el control efectivo sobre la cosa mueble después que haya sido entregada formalmente, aquella entrega formal y la transferencia de propiedad sobre esa cosa mueble surtirán efectos frente a terceros a partir del momento en que aquella cosa ha llegado en poder real de la parte adquirente, a menos que el propietario del derecho de propiedad real ya existente haya estado de acuerdo con la enajenación” (Ibíd. traducción propia).

⁸⁵ “Artículo 3:89 Entrega formal de bienes inmuebles.

1. La entrega formal, requerida para la transmisión de bienes inmuebles, se realiza mediante escritura notarial de transmisión celebrado entre las partes, seguida de su inscripción en los registros públicos de bienes inmuebles. Tanto el adquirente como el enajenante, podrán entregar la escritura notarial de transferencia al titular de estos registros públicos para su inscripción.

2. La escritura notarial de transferencia debe mencionar fielmente la causa jurídica de la transferencia. Las condiciones secundarias que no afecten a la transmisión en sí, no tienen que registrarse en esta escritura.

3. Cuando con ocasión de la redacción de la escritura notarial de transferencia una persona actúe como representante de una de las partes, la autorización de representación (procuración) deberá constar con precisión en la escritura notarial de transferencia.

4. Las reglas del presente artículo se aplican en consecuencia a una entrega formal que se requiere para la transferencia de otros bienes registrados que no sean inmuebles [como buques y aeronaves registrados]”.

buques y aeronaves registrados. La escritura pública notarial debe señalar de manera fidedigna la causa jurídica de la transferencia.

Podría cuestionarse que la transferencia inmobiliaria no esté afiliado al sistema romano, empero, cuando uno verifica la estructura del sistema holandés es que sí sigue el método, con una particularidad. Como se ha visto, se requiere en principio de una causa jurídica, esto es, un negocio jurídico que se erige como el título que justifica al modo o *traditio* (entrega formal) que es expresada en la escritura pública seguida de la inscripción registral. Calza perfectamente al esquema dual del título y modo, pero con una evolución más completa y perfecta, pues el modo no es la clandestina *traditio*, sino está expresada en dos actos progresivos que son la escritura pública y la inscripción registral. Se aprecia entonces que la protección del tráfico jurídico inmobiliario tiene inclusive una doble cerradura pues la inscripción registral no se realiza sin escritura pública, ni este instrumento es suficiente por sí mismo para desplazar a favor del adquirente el atributo real que a título de propietario detenta el enajenante sobre el inmueble objeto del negocio jurídico dispositivo. Entonces, la transferencia precisa de negocio jurídico elevado a escritura pública⁸⁶ e inscripción registral.

Al sistema de transferencia instaurado en el *BW* también cala en el esquema señalado en la Fig. N° 06. En pocas palabras la entrega formal o tradición en este ordenamiento jurídico se refiere también a la inscripción registral. En consecuencia, el sistema registral de este ordenamiento es un sistema registral constitutivo y causalista a diferencia del sistema alemán que también es constitutivo pero abstracta. Huelga decir que la transferencia del derecho de propiedad no opera fuera de los registros públicos, la inscripción en el registro inmobiliario es el presupuesto desde el que se erigen los atributos de propietario y las transferencias, con el añadido que una vez practicada la inscripción, aunque durante el procedimiento se hayan inobservado las formalidades de inscripción no pueden ser cancelados⁸⁷.

⁸⁶ “Artículo 3:31 Notario holandés.

Cuando una disposición legal relacionada con la propiedad registrada prescribe la necesidad de una escritura notarial o una declaración notarial, esta debe ser una escritura o una declaración de un notario holandés”

⁸⁷ “Artículo 3:22 Inobservancia de las formalidades exigidas.

Con la inscripción constitutiva resulta poco probable las inexactitudes registrales, pues el que accede al registro es el que detentará indiscutiblemente la propiedad, pero cabe la posibilidad de inscripciones incompatibles y conflicto de titularidades registrales, en cuyo caso, se aplica la prioridad registral bajo el criterio rector del “*prior in tempore, potior in iure*”, es decir, el orden en la antigüedad en la inscripción sobre un mismo inmueble será la que también determine el orden de prioridad en el derecho que publica el registro inmobiliario, mientras que para los casos en que las inscripciones mutuamente incompatibles son coetáneas, se determinará por la antigüedad del título que lo origina, si fuera que estos datan de la misma fecha, la diferencia por horas inclusive determinará la prioridad, acorde se desprende del Art. 3:21⁸⁸ del BW.

Además, los hechos o actos que tienen vocación registral pero que no fueron inscritos con anterioridad a la inscripción del acto de adquisición a título particular carecen de eficacia u oponibilidad frente al adquirente de este derecho, salvo que este tuviera conocimiento de aquél hecho extraregistro por otro motivo (Inc. 1) del Art. 3:24). Ello es concordante con la buena fe diligencia con que deben actuar los agentes inmobiliarios como exige el Art. 3:11⁸⁹ y la inexcusabilidad de invocar buena fe por ignorancia sobre hechos jurídicos de cuya existencia podía tomar conocimiento con la consulta al registro público inmobiliario (Art. 3:23).

Cuando un hecho ha sido inscrito en los registros públicos de propiedad inscrita, ya no es posible impugnar la validez de su inscripción por no haberse cumplido las formalidades exigidas para la inscripción”.

⁸⁸ “Artículo 3:21 Orden de prelación de las inscripciones

1. El orden de prelación de los registros que están relacionados con la misma propiedad registrada será determinado por el momento del registro, a menos que otro orden resulte de la ley.

2. Cuando se han realizado dos registros al mismo tiempo y esto daría lugar a derechos mutuamente incompatibles de diferentes personas en relación con la misma propiedad registrada, entonces se determinará el orden de clasificación:

a. en caso de que las escrituras notariales, sentencias u otros documentos oficiales de registro presentados sean redactados en días distintos: por el orden de esos días;

b. en el caso de que se trate de dos o más escrituras notariales que se redacten el mismo día: por el orden de la hora y acta en que se hayan redactado dichas escrituras”

⁸⁹ “Artículo 3:11 'Buena fe'

Una persona no ha actuado de 'buena fe' como condición para un cierto efecto legal si conocía o en las circunstancias razonablemente debió haber conocido los hechos o derechos de los que depende su buena fe. La imposibilidad de realizar una investigación no impide que se considere a una persona que tenía buenas razones para dudar como alguien que debería haber conocido los hechos o derechos pertinentes.”

(iii) El ordenamiento jurídico austriaco.

El *Allgemeines B'rgerliches Gesetzbuch*⁹⁰, en español Código Civil General Austriaco o más simplemente *ABGB*, es uno de los códigos más antiguos de Europa, su redacción demoró alrededor de cuarenta años, hasta que estuvo concluido en el año 1811, pero no entró en vigor sino recién en el año 1812, sólo ocho años después del Código Napoleónico.

La segunda parte de aquél código habla del derecho de cosas en general⁹¹, expresando en su Art. 285° que en sentido jurídico las cosas son los que no son personas y más bien sirven para su uso, con excepción de los animales que se rigen por leyes especiales, regla que fue incorporada por el Art. 285.a como expresión de tutela propugnada por las contemporáneas corrientes animalistas.

De los diversos criterios de clasificación, lo relevante para esta investigación es que el *ABGB* reconoce la clasificación de las cosas en físicas e incorpóreos, a su vez, en cosas muebles e inmuebles (Art. 292 y 293)⁹².

De la adquisición del derecho de propiedad en general configura el Artículo 380⁹³, que no se puede adquirir la propiedad sin la concurrencia de un título y modo de

⁹⁰ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* (JGS Nr. 946/1811). Ley federal consolidada: Disposición legal completa para el Código Civil General, versión de 21.08.2021. Rechtsinformationssystem Des Bundes. Recuperado desde <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (15/12/2020)

⁹¹ “Segunda parte del código Civil.
De la ley de propiedad.
De las cosas y su división legal.
Concepto de cosas en el sentido jurídico.
§ 285. Todo lo que se diferencia de la persona y se utiliza para el uso de las personas se llama cosa en el sentido legal.
§ 285a. Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las regulaciones que se aplican a las cosas solo son aplicables a los animales en la medida en que no existan regulaciones que se desvíen”

⁹² “Cosas físicas e inmateriales.
§ 292. Las cosas físicas son las que caen en los sentidos; de lo contrario, se les llama incorpóreos (...).
Muebles e inmuebles.

§ 293. Son muebles las cosas que pueden trasladarse de un lugar a otro sin dañar su sustancia; en sentido contrario, son inmuebles. Las cosas que son inherentemente muebles se consideran inmuebles en el sentido jurídico si, en virtud de la ley o la determinación del propietario, lo hacen parte de un inmueble”

⁹³ “Art. 380. Ninguna propiedad puede obtenerse sin título y sin modo legal de adquisición”.

adquisición. Sin embargo, la disposición particular viene desde el Artículo 423, que habla de la adquisición de propiedad por traspaso voluntario, en oposición a las adquisiciones originarias como la apropiación, usucapión o accesión y la litelaridad de la norma es que “Las cosas que ya tienen dueño se adquieren indirectamente pasando legalmente de un dueño a otro”.

Los artículos 424° y 425° recepcionan la teoría romanista del título y modo en su expresión más auténtica. Sin duda, haciendo eco de los glosadores, el primero de los artículos mencionados se entrega a la tesis por la cual el título no es sino la causa mediata o indirecta de la transferencia-adquisición del derecho de propiedad y que en primer lugar se expresa en el contrato⁹⁴. El segundo de los mencionados artículos⁹⁵ sentencia señalando que, por sí solo el título no otorga el derecho a la propiedad, esa cualidad o aptitud mas bien le está otorgada a la *traditio*.

Respecto a los bienes muebles, el *ABGB*⁹⁶ exige como regla la transferencia mediante entrega física de una mano a otra (Art. 426), como excepción la entrega por signo para aquellos muebles cuya naturaleza imposibilitan la *traditio* documental, como es el caso de los créditos, fletes, depósitos o la *traditio* simbólica mediante algún elemento representativo de la misma (Art. 427) y por último la *traditio ficta*, expresada como la entrega por declaración a quien ya posee (la vieja *traditio brevi manu*) o el caso en que el enajenante seguirá detentando posesión de la cosa, pero esta vez ya no por cuenta

⁹⁴ “Art. 424. El título de la adquisición mediata se encuentra en un contrato; en una orden judicial de muerte; en el veredicto judicial; o, en el orden de la ley.”

⁹⁵ “Art. 425. El mero título no otorga el derecho de propiedad. La propiedad y todos los derechos reales en general, salvo los casos que determine la ley, sólo podrán adquirirse mediante la entrega y toma de posesión legal”

⁹⁶ “Tipos de tradición;

1) Para bienes muebles:

a) Tradición física.

Art. 426. Por regla general, los objetos móviles sólo pueden transferirse a otra persona mediante la entrega física de una mano a otra.

b) Tradición simbólica;

Art. 427. Sin embargo, en el caso de los objetos muebles que por su naturaleza no permitan la entrega física, tales como créditos, fletes, depósito o cualquier otro objeto general, la ley permite la entrega por signo; en que el propietario entrega al cesionario los documentos mediante los cuales se presenta la propiedad o las herramientas mediante las cuales el cesionario puede tomar posesión exclusiva de la cosa; o asociando una característica con la cosa, desde la cual todos pueden ver claramente que la cosa se le ha dejado a otra persona.

c) Tradición declarativa.

§ 428. La cosa se entrega por declaración si el enajenante demuestra de manera demostrable su voluntad de que en el futuro la poseerá en nombre del cesionario; o que el cesionario debería ser propietario de la cosa, que anteriormente había tenido sin derecho real, de un derecho real”.

suya, sino reconociendo que lo hará en nombre del adquirente (*constitutum possessorium*) (Art. 428).

La transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles opera por la inscripción del título de dominio o acto jurídico en el registro inmobiliario, es lo que expresa el Art. 431⁹⁷. Además, para su validez, la compraventa debe extenderse por documento público o documento certificado⁹⁸, que según manda el Art. 433⁹⁹ debe especificar los detalles exactos de las personas que entregan y reciben la posesión de la cosa; la cosa misma que se va a entregar con sus componentes; la causa jurídica que origina la transferencia; lugar y la hora de la celebración del contrato. Exige que el enajenante formule una declaración expresa ya sea en el propio documento de la compraventa o en un documento especial su consentimiento para la modificación del asiento registral extendiéndose una inscripción a favor del nuevo adquirente. Mientras que para los inmuebles que carecieran de antecedentes registrales, reza el Art. 434¹⁰⁰ que es preciso que el instrumento donde conste la compraventa sea presentada ante el tribunal local observando los requisitos exigidos por los Art. 432 y 433, igual precisa de la declaración de consentimiento del enajenante para la aceptación del depósito por el tribunal.

Sobre los bienes muebles no hay espacio para cuestionar siquiera que el *ABGB* haya adoptado la teoría del título y modo, en cambio respecto a bienes inmuebles, por la incorporación de la inscripción registral en lugar de la *traditio* podría llevarnos a concluir que no estamos frente a un sistema romanista. Me parece que eso sería un

⁹⁷ “2. Para los bienes inmuebles.

Art. 431. Para la transferencia de propiedad de bienes inmuebles, el acto jurídico de enajenación debe inscribirse en los registros públicos que se le designen. Esta práctica es nombrada como inscripción (intabulación).”

⁹⁸ “Artículo 432. Para este propósito, se debe extender un documento certificado en la forma prescrita para la validez de la celebración del contrato o un documento público para la celebración de un contrato de adquisición”.

⁹⁹ “Art. 433. La escritura debe especificar los detalles exactos de las personas que entregan y toman posesión de la propiedad; la propiedad que se va a entregar con sus componentes; la base jurídica de la cesión; contener también el lugar y la hora de la celebración del contrato; y el cedente deberá declarar expresamente en este documento o en un documento especial que está de acuerdo con la incorporación.”

¹⁰⁰ “Art. 434. Para la transferencia de propiedad de un inmueble que no esté inscrito en ningún registro de la propiedad, se debe depositar en el tribunal un documento con los requisitos de las Secciones 432 y 433. En lugar de la aprobación de la incorporación, hay una declaración de consentimiento para el depósito del certificado”.

equivoco porque tal como gráficamente fue explicitado en la Fig. N° 06, los ordenamientos jurídicos en los que la *traditio* fue sustituido por la inscripción registral, esta cumple la función y el lugar que en el iter trasmisivo le correspondía al primero, pero en modo alguno significa la alteración del esquema concurrente del título y modo, pues la compraventa sigue detentando la función de causa remota o posibilidad de la adquisición del derecho de propiedad, mientras que la inscripción registral cumple la función de otorgar efectividad a la transferencia, porque la compraventa en el sistema austriaco no trasmite el derecho de propiedad, sino que justifica más bien la extensión del asiento registral (inscripción) que recién genera el derecho de propiedad a favor del adquirente, de tal suerte que se verifica la plena vigencia de la adaptación medieval a los postulados de Aristóteles¹⁰¹ del ser en acto y ser en potencia, en la compraventa todavía no se halla la propiedad en acto, sino sólo propiedad en potencia, será recién con la inscripción registral que la propiedad alcance su ser en acto.

El arco argumental sobre el carácter constitutivo del registro austriaco queda cerrado porque según el Art. 1053, en la compraventa la adquisición del derecho del derecho tiene lugar sólo cuando se entrega la cosa objeto de compra, mientras tanto, el vendedor detenta el derecho de propiedad hasta la entrega. Una comprensión sistemática conlleva a entender que hasta que se produzca la inscripción registral el comprador no adquiere el derecho de propiedad mas bien el vendedor lo seguirá detentando.

De la sustitución de la *traditio* por la inscripción el sistema registral inmobiliario resultante es que Austria detenta un sistema constitutivo, pero a diferencia del sistema alemán es un sistema registral causalista dado que no hay esa separación entre el

¹⁰¹ “Según Aristóteles, el movimiento, los cambios que se dan en una substancia, responde al desarrollo de la forma presente en ella. Para explicar este concepto vamos a adentrarnos en la doctrina del acto y la potencia, otra parte central de la filosofía aristotélica.

(...) Todas las substancias sensibles (las únicas en las que se da movimiento) están (son) a la vez en acto y en potencia. Para empezar, son actualmente (en acto) la forma que está en ellas y son potencialmente (en potencia) el posible desarrollo completo y perfecto de esa forma. El acto es básicamente la forma, y la potencia equivale a los cambios que se puedan producir en la materia, que le confieren la posibilidad de ser diferentes cosas. En este sentido, la materia es principio de posibilidad, lo que permite a la substancia ser otras cosas. (...)

Concretemos estos conceptos con unos ejemplos. (...) La semilla es en acto una semilla, pero en potencia es un árbol. Y tal vez para entonces, el árbol que hay ahora mismo será, por ejemplo, una mesa. El tránsito del ser en potencia al ser en acto es, a lo largo de su duración, lo que Aristóteles lo define como movimiento” (Ruiz, 2015, pp. 84-85).

negocio obligatorio y el negocio dispositivo desligado del primero, ni acuerdo real, sino en puridad la inscripción deviene de un título que le sirve de causa, aspecto respecto al cual queda cerrado cualquier discusión porque el Art. Art. 380 dispone que ninguna propiedad puede obtenerse sin título y sin modo legal de adquisición. En resumen, la compraventa seguida de la inscripción registral es lo que se exige para la transferencia del derecho de propiedad.

Confluyen más dispositivos sobre el carácter constitutivo del sistema registral, así el Art. 441° reza que tan pronto se produce la inscripción registral también se produce la adquisición de la posesión legal, que en buena cuenta equivale a una suerte de traditio instrumental pero registral. Si la adquisición se produce sólo con la inscripción registral, tampoco la extinción del derecho de propiedad puede operar extraregistralmente, por lo contrario, la propiedad de bienes inmuebles solo se cancela mediante la eliminación de los libros públicos (Art. 444). En sintonía con aquellas disposiciones, el Art. 437° (*ABGB*) consolida el registro constitutivo precisando que para la adquisición de los inmuebles a título de legado exige la entrega al legatario siguiendo los mismos requisitos establecidos desde los Art. 431 a 435, en buena cuenta la inscripción registral.

En las eventualidades de enajenación múltiple del mismo bien inmueble a diferentes personas el Art. 440¹⁰² zanja el conflicto señalando que la propiedad corresponde al que alcanzó la prioridad temporal de su inscripción.

(iv) El ordenamiento jurídico suizo.

El Derecho Privado suizo a diferencia de otros ordenamientos goza de multiplicidad de cuerpos legislativos, más que de un código unitario, se habla de códigos dispersos, como matriz puede considerarse Código Civil Suizo (en alemán *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* o simplemente *ZGB*¹⁰³), fue concluida el año 1907, pero no entró en

¹⁰² “Reglas sobre conflicto de adquisiciones.

§ 440. Si el propietario ha enajenado el mismo bien inmueble a dos personas diferentes, corresponde a la persona que anteriormente solicitó la intabulación”.

¹⁰³ Schweizer Gesetzestexte (1907). *Código Civil Suizo*. Edition Optobyte AG, Cancillería Federal Suiza el 17.7.2020. Recuperado de <https://www.gesetze.ch/inhm/inhsub210.htm> (22/12/2020)

vigencia sino recién en el año 1912. Respecto a la transferencia inmueble, nos atañe también referir que regula complementariamente la Ley Federal 211.412.11 llamada Ley de Tierras (*BGBB*) que data de 4 de octubre de 1991¹⁰⁴ y lo otro, como una suerte de suplemento al *ZGB* la Ley de Obligaciones o Código Suizo de Obligaciones¹⁰⁵ data el año 1911 y entró en vigencia conjuntamente con el *ZGB*.

No nos explayaremos demasiado sobre la naturaleza del sistema, pues la Ley de obligaciones respecto a la compraventa de bienes inmuebles, especialmente, fincas, señala en su Artículo 216° que para su validez deben estar sujetos a publicidad a través del registro público, inclusive los pre-contratos o contratos deben estar sujetos a la misma formalidad, en cuyo caso se denomina pre-inscripción.

El Art. 656° del *ZGB* en cuanto le corresponde zanja cualquier discusión sobre la naturaleza constitutiva de la inscripción registral, pues dispone que la adquisición del derecho de propiedad que recae sobre finca precisa ser inscrito en el registro inmobiliario, mientras que en su inciso 2 complementa que inclusive la adquisición de tal derecho por apropiación, ventas forzadas, remates o sentencia judicial, si bien se producen extraregistro, sin embargo, el ejercicio de las facultades de disposición por su flamante titular están condicionadas a que sea inscrito como propietario en registro inmobiliario.

Los contratos de transferencia de propiedad de la tierra que no consten en escritura pública ni siquiera son vinculantes según se lee del Art. 657, Inc. 1 del *ZGB*, aún cuando hayan observado aquella formalidad una adquisición no inscrita, sólo otorga derecho personal contra el propietario a la inscripción de la adquisición en el registro de fincas, en caso que el enajenante deniegue tal pretensión, le asiste el derecho a que se le otorgue por orden judicial (Art. 665.1). El registro juega un rol demasiado concluyente pues la extinción del derecho de propiedad sobre una cosa opera con la

¹⁰⁴ BGBB - BG (vom 4. Oktober 1991). *Über das Bäuerliche Bodenrecht (BGBB)* (gesetze.ch). Asamblea Federal de la Confederación Suiza. Recuperado de <https://www.gesetze.ch/srm/211.412.11/index.htm> (22/12/2020)

¹⁰⁵ Schweizer Gesetzestexte (März, 1911). *Betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (gesetze.ch) Recuperado de https://www.gesetze.ch/srm/220/220_013.htm (22/12/2020)

supresión de la inscripción o en todo caso con la pérdida total del inmueble (Art. 661.1.).

Si bien se advierte un indudable efecto constitutivo de la inscripción registral, eso no explica por sí el sistema de transferencia, aunque quedó descartado que sea consensual, no obstante, podríamos también estar frente a un sistema abstracto. El faro que ilumina este intrincado camino constituye el Art. 184 de la Ley de Obligaciones, pues define a la compraventa como obligaciones recíprocas, por un lado, en el vendedor de entregar la cosa y transferir la propiedad de la misma a favor del comprador a cambio del pago de un precio, complementada con el Art. 714.1 que exige la *traditio posesoria* para la transferencia de los bienes muebles¹⁰⁶; dan a entender que nos encontramos frente a un sistema romanista o del título y modo pero reformulado en cuanto a la transferencia inmobiliaria. El carácter causalista de la inscripción registral es incuestionable porque del Art. 974° del *ZGB* en sus incisos 2 y 3, es posible inferir que una incorporación o inscripción registral que carezca de causa jurídica o fue extendido como consecuencia de un negocio jurídico inválido al *versus dominus* le permite accionar directamente inclusive contra el tercero que adquirió confiando en aquella inscripción registral, obviamente, si éste obra de mala fe en su adquisición. Si la inscripción fuera abstracta o descausalizada como el sistema alemán, la acción real directa sería un contrasentido, pues lo congruente sería que accionara *condictio indebiti* o retrasmisión, tanto peor si está dirigida contra el tercero registral, aunque haya obrado de mala fe.

La elocuencia del Art. 971.1 permite despejar cualquier duda respecto al carácter constitutivo de la inscripción en el sistema suizo. En efecto, dispone que los derechos inscribibles tendrán efectos reales sólo si están inscritos en el registro inmobiliario. Además, en caso de concurrencia de titulares con derechos incompatibles sobre un mismo inmueble se prefiere al que ostenta el derecho inscrito, pues según reza el Art. 972.1 de la *ZGB* los derechos reales nacen y adquieren su rango por fecha de inscripción en el registro inmobiliario.

¹⁰⁶ Para la transferencia de la posesión el Artículo 922° de la *ZGB* exige entrega al destinatario por los medios que otorgan el poder sobre la cosa. La transferencia opera tan pronto como el destinatario esté en condiciones, de ejercer la facultad sobre el asunto con la voluntad del anterior propietario.

El otro gran componente del sistema de transmisión es la protección de la adquisición al tercero registral de buena fe, por el cual, según prescribe el Art. 973.1, todo el que de buena fe en un asiento registral y sobre la base de ello adquiriera un derecho de propiedad o cualquier otro derecho real está protegida en aquella adquisición; sin embargo, si conoce de la causa extraregstral que invalida la inscripción o debió conocerlo, no está amparada por la inscripción según se desprende del Art. 974.1.

(v) Código Civil de Rumania (2009).

Uno de los códigos europeos más recientes viene a ser el Código Civil de Rumania o *Codul Civil*¹⁰⁷, data del año 2009. Este cuerpo jurídico, en la regulación contractual, instaura explícitamente un sistema de transferencia consensual con una fórmula de condicionamiento a publicidad para alcanzar oponibilidad a los terceros. Se desprende de su Art. 1674¹⁰⁸ que la transferencia opera con la celebración del contrato sin necesidad de entrega o pago del precio siquiera; empero, inmediatamente el Art. 1675¹⁰⁹ aclara que respecto a los terceros la oponibilidad de la venta será después de la satisfacción de las formalidades publicitarias.

Una atenta y sistemática lectura conlleva a una sorpresa, pues en específico, respecto a bienes inmuebles, cuando la venta tenga por objeto a este tipo de bienes, la transferencia del derecho de propiedad por imperativo del Art. 1676¹¹⁰ está sujeta a las reglas del registro inmobiliario. Nótese que la inscripción no es condición sólo para la oponibilidad, sino para la transferencia misma, quiere decir que ni entre las partes partes opera la transferencia inmobiliaria extraregistro.

¹⁰⁷ Parlamentul României (2009). *Codul Civil*. Legea 287/2009. Disponible en: <http://www.dscllex.ro/coduri/cod.civil.pdf> (25/12/2020).

¹⁰⁸ “Artículo 1674º Transferencia de la propiedad.

Salvo en los casos previstos por la ley o si la voluntad de las partes no resultare en contrario, la propiedad se transfiere automáticamente al comprador desde el momento de la celebración del contrato, aunque no se haya entregado el bien o aún no se haya pagado el precio” (Codul, 2009.)

¹⁰⁹ “Artículo 1675. Oponibilidad de venta

En los casos específicos previstos por la ley, la venta no podrá oponerse a terceros hasta después del cumplimiento de las respectivas formalidades publicitarias”.

¹¹⁰ “Artículo 1676. Venta de bienes inmuebles

En materia de venta de inmuebles, la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador está sujeta a las disposiciones del registro inmobiliario”

En la sección que regula los derechos reales, sobresale el Art. 557¹¹¹ al cerrar toda posibilidad de transferencia fuera de los registros. Desarrolla todas las formas de adquisición del derecho de propiedad, dentro de los que se encuentran las que devienen del contrato, pero la adquisición del derecho de propiedad en cuanto a inmuebles se refiere opera mediante la inscripción en el registro de predios observando las formalidades de la escritura pública o sentencia judicial firme conforme manda el Art. 888¹¹². Inclusive la extinción del derecho de propiedad por renuncia respecto a inmuebles, requiere de declaración auténtica e inscripción en el registro predial (Art. 562)¹¹³.

El Título VII del *Codul* que trata sobre el Registro de la Propiedad a través de su artículo 885¹¹⁴ manifiesta el carácter constitutivo del sistema. Este regula específicamente la adquisición y extinción de derechos reales inmobiliarios, disponiendo en su inciso 1) que el derecho de propiedad inmobiliaria se adquiere sólo

¹¹¹ “Artículo 557. Adquisición de derechos de propiedad:

(1) El derecho de propiedad puede adquirirse, en las condiciones de la ley, por contrato, herencia legal o testamentaria, adhesión, usufructo, como efecto de la posesión de buena fe en el caso de bienes muebles y frutos, por ocupación, tradición, así como por juicio, cuando es traslación de la propiedad por sí misma.

(2) En los casos previstos por la ley, la propiedad podrá adquirirse mediante acto administrativo. (3) La ley puede regular otras formas de adquirir el derecho de propiedad.

(4) Salvo los casos puntuales previstos por la ley, en el caso de bienes inmuebles el derecho de propiedad se adquiere mediante inscripción en el libro de la propiedad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 888”.

¹¹² “Artículo 888. Condiciones de registro.

La inscripción en el libro de la propiedad se realiza sobre la base de la escritura pública auténtica, de la resolución judicial firme, del certificado de heredero o de otro documento expedido por las autoridades administrativas, en los casos en que la ley lo disponga”.

¹¹³ “Artículo 562. Extinción de derechos de propiedad.

(...)

(2) El propietario podrá abandonar su propiedad mueble o podrá renunciar, mediante declaración auténtica, al derecho de propiedad sobre el inmueble, inscrito en el libro de la propiedad. El derecho se extingue en el momento de dejar el bien mueble, y si el bien es inmueble, mediante la inscripción en el libro de la propiedad, de acuerdo con la ley, la declaración de renuncia”.

¹¹⁴ “Artículo 885. Adquisición y extinción de derechos reales sobre inmuebles:

(1) Sin perjuicio de disposiciones legales contrarias, los derechos reales sobre los inmuebles incluidos en el libro de la propiedad se adquieren, tanto entre las partes como frente a terceros, únicamente mediante su inscripción en el libro de la propiedad, con base en el acto o hecho que justificó el registro.

(2) Los derechos reales se perderán o extinguirán únicamente por su eliminación del libro de tierras, con el consentimiento del titular, otorgado por escritura notarial. Este consentimiento no es necesario si el derecho se extingue por el cumplimiento del plazo señalado en el registro o por el fallecimiento o, en su caso, por el cese de la existencia jurídica del titular, si fuera persona jurídica.

(3) Si el derecho a ser dado de baja estuviera gravado en beneficio de una tercera persona, la baja se hará con la preservación del derecho de esta persona, salvo los casos específicos previstos por la ley.

(4) La decisión judicial firme o, en los casos previstos por la ley, el acto de la autoridad administrativa sustituirá al acuerdo de voluntad o, en su caso, al consentimiento del titular”.

a través de la inscripción en el registro inmobiliario, esta adquisición es tanto entre las partes como frente a terceros. También de éste artículo se desprende que el sistema es causalista por cuanto precisa que la inscripción se extiende en virtud a un acto o hecho que la justifica, es decir, en virtud a una causa. Como consecuencia del registro constitutivo resulta un elemento relevante referido a la actividad probatoria, en cuanto respecto a los bienes inmuebles el derecho de propiedad se prueba en especial con el reporte del registro donde obre o conste el derecho (Art. 565¹¹⁵ del *Codul*).

La regulación sobre la mutación exclusivamente intraregstral de los derechos reales es abundante, así el Art. 877¹¹⁶, que los derechos tabulares o derechos inscritos en el registro inmobiliario se adquieren, se modifican o extinguen únicamente bajo las reglas del derecho registral, en buena cuenta, ello significa que no se admite una mutación extraregstral respecto a los derechos inscritos. Tal dispositivo es concordante a su vez con el Art. 878, inciso 3)¹¹⁷ según el cual, los derechos inscritos después de la inmatriculación registral sólo se pueden modificarse acorde con las pautas del derecho registral.

La naturaleza constitutiva del sistema registral rumano es consolidada tanto que los derechos reales que por antonomasia nacen fuera de registros como son las que provienen de sucesión hereditaria, accesión natural, la venta forzosa, según el Art. 887°, inciso 3)¹¹⁸ del *Codul* establece que no podrá practicar actos disposición de tales derechos hasta mientras no se haya inscrito tales derechos; además, la venta forzosa

¹¹⁵ “Artículo 565. Prueba del derecho de propiedad sobre los inmuebles inscritos.

En el caso de inmuebles inscritos en el libro de la propiedad, la prueba del derecho de propiedad se realiza con el extracto del registro inmobiliario”

¹¹⁶ “Artículo 877. Derechos tabulares.

Los derechos inmobiliarios registrados en el libro de tierras son derechos tabulares y se adquieren, modifican y extinguen solo de conformidad con las reglas del derecho registral”

¹¹⁷ “Artículo 878. El objeto de los derechos tabulares.

(...)

(3), que después de su inmatriculación en el registro inmobiliario solo se puede modificar de acuerdo con las reglas del derecho registral”.

¹¹⁸ “Artículo 887. Adquisición de derechos reales sin registro:

(1) Los derechos reales se adquieren sin inscripción en el registro inmobiliario cuando provengan de herencia, accesión natural, venta forzosa, expropiación por causa de utilidad pública, así como en los demás casos expresamente previstos en la ley.

(2) No obstante, en el caso de venta forzosa, si no se ha anotado previamente en el registro de predio la persecución del inmueble, los derechos reales así adquiridos no podrán oponerse a terceros que adquieran de buena fe.

(3) En los casos previstos en el párrafo (1), el titular de los derechos así adquiridos no podrá disponer de ellos a través del registro hasta después de que se haya realizado la inscripción”.

cuya acción persecutoria no fue inscrita previamente carecerá de efectos frente a terceros que de buena fe que adquieran derechos sobre el inmueble.

El aspecto relacionado al conflicto o disputa de diversos titulares con pretendidos derechos incompatibles entre sí y que recaigan sobre un mismo inmueble, cuyos títulos, además, provengan de un enajenante común, es resuelta por el Art. 891¹¹⁹ de una manera muy simple, pues en tal caso se preferirá al que alcanzó prioridad temporal en su inscripción, sin importar la fecha del que datan los títulos que la sustentan. Esta fórmula de preferencia de asignación del derecho al adquirente que gana prioridad tempo-registral es complementada por la acción de supresión o cancelación del derecho inscrito si el tercero incurrió en mala fe durante la su adquisición, que debe ser ejercitado en un plazo de 3 años desde el registro. Además de la mala fe, para el éxito de aquella acción supresora el Art. 892¹²⁰ exige tres condiciones concurrentes:

- (i) Que el acto jurídico del que solicita la supresión ostente fecha anterior al acto con que inscribió el tercero
- (ii) Que los títulos o actos jurídicos de ambos disputantes provengan de un mismo enajenante.

¹¹⁹ “Artículo 891. Conflicto entre adquirentes terceros de un autor común.

Si dos o más personas han tenido derecho a adquirir, mediante documentos celebrados con el mismo autor, derechos sobre el mismo inmueble que se excluyen mutuamente, se considerará titular al que registró primero su derecho, independientemente de la fecha del título sobre cuya base se realizó la inscripción en el registro inmobiliario”.

¹²⁰ “Artículo 892. La situación del tercero que adquiere mala fe:

(1) La persona que en virtud a un acto jurídico válido haya tenido derecho a registrar un derecho real a su favor podrá solicitar la supresión de la inscripción de un derecho concurrente o, en su caso, el otorgamiento de rango preferencial sobre el registro realizado por otra persona, siempre que se cumplen las siguientes 3 condiciones:

- a) El acto jurídico en virtud del cual se solicita la cancelación o reducción del rango preferencial sea anterior a aquel en virtud del cual el tercero registró su derecho o adquirió el rango preferente;
- b) El derecho del demandante y del tercero adquirente provengan de un enajenante común;
- c) El registro del derecho en beneficio del demandante ha sido impedido por el tercero mediando violencia o fraude, según sea el caso.

(2) También podrá solicitarse la cancelación o decremento del rango preferencial si la violencia o fraude procediera de una persona distinta del tercero adquirente, siempre que éste conocía de esta circunstancia a la fecha de celebración del contrato en virtud al cual que adquirió el derecho inscrito a su favor.

(3) El derecho a accionar expirará dentro de los 3 años a partir de la inscripción del derecho por parte del tercero”.

- (iii) Que la inscripción del derecho del demandante haya sido impedida por el tercero mediante violencia o fraude, o cuando el impedimento provenga de sujeto diferente al tercero si conocía de tal hecho durante la celebración del contrato en virtud al cual adquirió el derecho inscrito.

La particularidad que ofrece el sistema rumano es que la celebración de algún negocio jurídico con vocación hacia el derecho real origina la denominada acción en beneficio de la inscripción por el cual, en caso de omisión o negativa del enajenante a cumplir con los actos necesarios orientadas a la inscripción en el registro inmobiliario, el potencial adquirente (v.g. el comprador) puede acudir al tribunal para que ordene la inscripción registral (Art. 896¹²¹). Esta acción inclusive procede contra el tercero de mala fe que tenga derecho inscrito incompatible con el del accionante, si su acto es anterior al de aquél y aún no ha transcurrido 3 años desde la inscripción (Art. 897¹²² del *Codul*).

El Art. 931 es la muestra más interesante del valor constitutivo de la inscripción registral. Regula la denominada usucapión tabular o usucapión registral, significa que el poseedor amparada en su inscripción registral, que sin embargo carece de causa válida, adquiere firmemente el derecho inscrito que hasta entonces fue aparente, siempre que alcance cinco años de posesión ininterrumpida y haya obrado de buena fe durante la inscripción registral y la toma de la posesión¹²³.

¹²¹ “Artículo 896. La acción en beneficio tabular

(1) En los casos en que la persona obligada a transferir, constituir o modificar en beneficio de otro un derecho real sobre un inmueble no ejecute las obligaciones necesarias para la inscripción en el registro inmobiliario, el interesado podrá solicitar al tribunal que ordene el registro; el derecho a la acción es prescriptivo por ley”.

¹²² “Artículo 897. Acción pro tabular frente al tercero que adquiere mala fe:

(1) La acción pro tabular también podrá dirigirse contra el tercero adquirente inscrito previamente en el registro inmobiliario, si el acto jurídico invocado por el demandante es anterior a aquel en virtud del cual se registró el derecho del tercero adquirente y este obró de mala fe en la conclusión del acto.

(2) El derecho de acción contra el tercero expirará dentro de los 3 años a partir de la fecha de la inscripción de su derecho (...)”

¹²³ “Artículo 931. Usucapión tabular:

(1) Los derechos de la persona que en el registro inmobiliario estaba inscrita sin causa válida, como propietario del inmueble o como titular de otro derecho real, ya no pueden ser impugnados cuando la persona inscrita de buena fe ha detentado posesión ininterrumpida durante 5 años computados desde la inscripción registral.

(2) Es suficiente que exista buena fe en el momento del registro de la solicitud inscripción registral y en el momento de la toma de posesión”

(vi) Ordenamiento civil de la República de Albania (1994)

La legislación civil albana, ha transitado un tortuoso camino hasta su modelo vigente. Después medio milenio de influencia otomana con base en la Ley Sharia, pasó hacia la tradición romanista del Derecho Civil, luego irrumpió el derecho socialista y, finalmente, volvió a la tradición romano-germánico. El tedioso camino hasta su vigente Código Civil que data de 1994, comenzó en 1928, para luego emitirse un nuevo código en 1945, que estuvo vigente hasta 1982 en el que se puso en vigencia el penúltimo código¹²⁴.

El vigente Código Civil¹²⁵, en cuanto a la transferencia de bienes inmuebles que estén en el régimen de la propiedad privada, en el libro referido a las reglas especiales de negocio jurídico establece como imbuidas de formalidad *ad solemnitaten* con expresa sanción de invalidez. Todo acto de enajenación inmobiliaria o cualquier otro derecho real sobre los mismos exige como forma condicionante de validez su celebración mediante documento notarial e inscripción registral (Art. 83¹²⁶). A esa formalidad imperativa de validez se sujetan tanto el contrato de compraventa¹²⁷, así como la donación¹²⁸ y en general cualquier acto que tenga por objeto la vocación traslativa del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles.

¹²⁴ “El derecho civil de Albania ha pasado de la tradición familiar del Derecho Civil al derecho socialista, solo para volver a la tradición del derecho civil, pero sin perder por completo los signos del derecho socialista.

Desde 1928, la legislación civil albanesa ha pasado por cuatro etapas distintas:

- El Código Civil del Reino de Albania que fue aprobado en 1928 y entró en vigor el 1 de abril de 1929;
- Legislación civil albanesa del período entre 1945 y 1981;
- El Código Civil de la República Popular Socialista de Albania, que fue aprobado en 1981 y entró en vigor el 1º de enero de 1982; y
- El actual Código Civil de la República de Albania, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994” (Latifi, 2016).

¹²⁵ The People’s Assembly of the Republic of Albania (29/07/1994). Civil Code. *Law N° 7850/1994*. Disponible en: <http://www.cclaw.al/wp-content/uploads/law/The-Albanian-Civil-Code.pdf> (26/12/2020)

¹²⁶ “Artículo 83. Los negocios jurídicos cuyo objeto sean la transferencia de propiedad de los inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, deben realizarse mediante acta notarial e inscripción, de lo contrario carecen de validez. No es válida la transacción jurídica que no se realice en la forma expresamente exigida por la ley. En otros casos, el negocio jurídico es válido, pero no puede ser probada por testigos”.

¹²⁷ “Artículo 750. La venta de bienes inmuebles se realiza en la forma prevista en el artículo 83 de este Código, bajo sanción de invalidez”.

¹²⁸ “Artículo 764. La donación de bienes inmuebles debe hacerse mediante acto público y registrarse, bajo sanción de nulidad”

El Art. 144, manda que los bienes inmuebles y los derechos reales que recaen sobre los mismos deberán estar inscritos en el registro inmobiliario. Luego, la sección o libro referido a registro inmobiliario, en su Art. 192¹²⁹ establece como imperativo la inscripción de los bienes inmuebles y los actos jurídicos relacionados con su situación legal, obligatoriedad que es amplificada y detallada, en seguida en el Art. 193¹³⁰ por el cual los contratos de tramisión de bienes inmuebles deben estar inscritos en el registro inmobiliario. Este artículo inclusive va más allá al universalizar la obligatoriedad de inscripción registral de cualquier contrato cuyo objeto sea la mutación del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real que recae sobre los mismos, que con obviedad incluye la renuncia de tales derechos. Comprende también a las decisiones judiciales que tengan tal incidencia sobre el derecho real inmobiliario.

La diferencia con los sistemas registrales de oponibilidad o declarativas es notoria, pues el elenco que presenta el dispositivo referido *ut supra* no es una mera lista de actos o hechos jurídicos inscribibles, sino de hechos jurídicos que deben desembocar en asientos registrales para su configuración misma como derechos reales, pero también, para el ejercicio de las prerrogativas que otorgan su titularidad. El carácter constitutivo del sistema registral albano es explícito, tanto así que el Art. 195¹³¹ señala como condición del ejercicio de la facultad de disposición o gravamen que el derecho

¹²⁹ “Captulo III Registro de Inmuebles.

Artículo 192. Los bienes inmuebles y los hechos jurídicos vinculados a su status legal serán inscritos en los registros de la propiedad inmobiliaria. El registro se realiza mediante acto público, decisión judicial o decisión de otra autoridad pública competente, y en las demás instancias que determine la ley”.

¹³⁰ “Artículo 193. Deberán inscribirse en los registros de la propiedad inmobiliaria:

- a) Los contratos de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles y los instrumentos para su subdivisión voluntaria.
- b) Contratos por los que se creen o conozcan o modifiquen o resuelvan los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, derechos de usufructo, derechos de uso y residencia, derechos enfiteúuticos y de servidumbre, y otros derechos reales;
- c) Los actos de renuncia a los derechos de propiedad antes mencionados;
- ç) Decisiones judiciales mediante las cuales se identifican herederos y mediante las cuales se adquiere la propiedad heredada;
- d) Actos mediante los cuales se crea una asociación u otro sujeto con derechos que posea bienes inmuebles o tenga otros derechos reales sobre esos bienes;
- dh) Las decisiones judiciales y las decisiones de otras autoridades públicas competentes que reconozcan o adjudiquen la propiedad de bienes inmuebles o su subdivisión o que declaren inválidas acciones judiciales anteriores de transferencia de propiedad debidamente registradas en el pasado, y las acciones judiciales de cautela de bienes inmuebles secuestrados o su venta mediante subasta. La verificación judicial del hecho de la propiedad que no está registrada”

¹³¹ “Artículo 195. Los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos que se adquieran o se den a conocer conforme a lo dispuesto en este Código, no podrán ser transferidos y, cuando sea el caso, gravados, si no se inscriben en los registros de bienes inmuebles”.

se encuentre inscrito; en otros términos, no hay prerrogativa enajenatoria sin inscripción registral que es casi como que ni hay el derecho mismo.

La elocuencia del Art. 191 permite consolidar la tesis del registro constitutivo, en las formas de pérdida del derecho de propiedad privada aparecen tanto la adquisición del derecho por otra persona o la renuncia de la cosa, en éste último caso tiene efectos si es celebrada mediante documento notarial e inscripción registral.

El sistema de transmisión inmobiliario albaniano no sólo que se decanta en la inscripción registral constitutiva, sino que además es causalista, pues la propiedad se adquiere en virtud a la inscripción del contrato, usualmente el contrato de compraventa, donación o permuta, sirviendo de título para la inscripción registral que es el modo. La aclaración de la naturaleza causalista, es importante para no incurrir en el peligroso equívoco de afiliar el sistema albaniano al sistema alemán, pues si bien el derecho de propiedad inmobiliario se constituye con la inscripción, pero ese derecho nace del negocio causal, más no requiere de un acuerdo especial y abstracto como es la particularidad del sistema alemán. Eso se desprende con demasiada claridad de las definiciones que tanto a la compraventa (Art. 705)¹³², permuta (Art. 757)¹³³ y la donación (Art. 761)¹³⁴ le otorga el Código asignándole una vocación traslativa por antonomasia.

(vii) El Código Civil de Bielorrusia (1998)

Cuando hablamos de sistemas legales de Europa del Este, sin duda se nos viene la impresión de su pertenencia al grupo de derechos socialistas. Sin embargo, la filiación de estas legislaciones a la tradición legislativa *Roman-Germanic Law Family* es de larga data, así la influencia de las Pandectas de Justiniano, el Código Napoleónico y toda la codificación europea, especialmente la polaca; mas bien la influencia rusa, a pesar de casi una centuria como parte de la ex URSS representa en el contexto histórico un mero puente en esa larga tradición histórica-jurídica, pues desde su desintegración,

¹³² “Artículo 705. El contrato de compraventa tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa a cambio del pago de un precio”.

¹³³ “Artículo 757. El contrato de permuta es aquel cuyo objeto es la transferencia recíproca de la propiedad de las cosas de una parte contratante a favor del otro”.

¹³⁴ “Artículo 761. La donación es un contrato por el cual una parte transfiere gratuitamente en propiedad a la otra parte una determinada cosa o un derecho real, que esta parte acepta”

se aprecia una segregación respecto al derecho socialista, retornando hacia sus bases jurídicas romanistas sin perjuicio que todavía quedan vestigios de una regulación intervencionista¹³⁵.

El Código Civil de Bielorrusia¹³⁶ puesto en vigencia en diciembre de 1998, en el capítulo XIV del libro de derechos reales, se ocupa de la adquisición derivativa de propiedad (o por traspaso). Específicamente el Art. 219.2¹³⁷ señala que son causas de adquisición de la propiedad que detenta una persona a favor de otro el contrato de compraventa, la permuta, la donación o cualquier otro negocio jurídico con objeto enajenatorio.

El sistema de transferencia inmobiliaria bielorruso, con la precisión que los predios agrícolas se rigen por un régimen de propiedad especial¹³⁸, también se instaura sobre la base de un sistema registral constitutivo estableciendo a través de su Artículo 131¹³⁹

¹³⁵ “El sistema legal de la República de Bielorrusia, así como los sistemas legales de los otros estados de Europa continental, pertenecen a la Familia de Derecho Romano-Germánico (...)

El sistema legal de la República de Bielorrusia fue influenciado esencialmente por esos estados, (...) en períodos históricos particulares (Polonia - durante los siglos XVII-XVIII y Rusia - durante los siglos XIX-XX). Durante la mayor parte del siglo XX, Bielorrusia fue parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y este hecho seguramente afectó el sistema legal de Bielorrusia actual (su cultura legal, formación de las ramas del derecho, etc.). la desintegración de la URSS, el sistema legal de la República de Bielorrusia segregado de la Familia de Derecho Socialista” (Pravo.by/Legal Sistem, 2020)

¹³⁶ Belarus Council of Republic (november 19, 1998). Civil Code of The Republic of Belarus. *Law No.218-Z – 1998*. Disponible en: <https://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/belarcc.pdf> (28/12/2020).

¹³⁷ “Artículo 219.2 El derecho de propiedad sobre bienes que tiene un propietario puede ser adquirido por otra persona con base en un contrato de compraventa, permuta, donación u otro negocio jurídico relativa a la enajenación de aquel derecho”

¹³⁸ “Tierras Agrícolas.

Capítulo 17 Derechos reales sobre bienes inmuebles

Artículo 262. Derechos reales sobre la tierra Las parcelas de tierra se rigen de conformidad con la legislación de tierras.

Las parcelas de tierra pueden ser cedidas por los propietarios de estas parcelas a otras personas por derecho de posesión vitalicia, el derecho de uso permanente y de uso a plazo fijo, incluido arrendamiento.

La persona, no siendo propietaria del terreno, ejercerá los derechos de posesión y uso de la parcela de tierra, perteneciente a esta persona, en las condiciones y dentro de los límites, establecido por la legislación y por el contrato con el propietario del terreno. A menos que la legislación o el contrato disponga lo contrario, el poseedor del terreno, no siendo el propietario, no tendrá derecho a disponer de esta parcela.

Tierras de uso agrícola u otro propósito previsto, cuyo uso para otros fines no está permitido o limitado, será determinado por la legislación agraria. El uso de un terreno restringido a tal categoría se ejercerá dentro de los límites determinados por su propósito. Los límites de la parcela de tierra se determinarán sobre la base de los documentos, emitidos de acuerdo con el procedimiento que determine la legislación agraria”.

¹³⁹ “Artículo 131. Registro estatal de bienes inmuebles, derechos sobre ellos y negocios jurídicos sobre los mismos.

varias reglas, siendo las más importantes para el propósito de esta investigación las siguientes:

- (i) La obligatoriedad de la inscripción de los bienes inmuebles, los derechos que recaen sobre los mismos, así como los negocios jurídicos referidos a los mismos.
- (ii) La obligatoriedad de emisión de certificación registral respecto al derecho inscrito o la extensión del acta de inscripción en el original del documento.
- (iii) El carácter público del registro inmobiliario.
- (iv) Garantía de pluralidad de instancias ante el Tribunal Registral en caso de negativa de inscripción.

El Art. 165¹⁴⁰ detalla que las transacciones que tengan por objeto derechos sobre bienes inmuebles están sujetas a registro estatal, acorde con las disposiciones que regulan el registro inmobiliario, los derechos sobre ellos y las disposiciones que regulan en particular a cada negocio jurídico. Precisamente el Artículo 224° es el que regula el momento en el que adquiere el derecho de propiedad el destinatario del contrato enajenatorio (v.g. el comprador), aquél artículo, precisa en su inciso 2)¹⁴¹ que cuando

1) Los bienes inmuebles, los derechos sobre ellos y los negocios jurídicos respecto a ellos están sujetos al registro estatal en los casos previstos por los actos legislativos.

(...)

3) El organismo que lleve a cabo el registro estatal de los bienes inmuebles, los derechos sobre ellos y los negocios jurídicos respecto a ellos, estará obligado a certificar el registro realizado mediante la emisión, para el solicitante, del certificado (tarjeta de certificación) en el registro estatal; o mediante la extensión del acta de registro en el original del documento, expresando el contenido de la transacción registrada.

4) El registro estatal de los bienes inmuebles, los derechos sobre los mismos y las transacciones con ellos serán públicos. Los organismos que realicen el registro estatal de los bienes inmuebles, los derechos sobre los mismos y los negocios jurídicos respecto a ellos, estarán obligados a proporcionar la información necesaria para cualquier persona solo sobre los derechos y restricciones (gravamen) de los derechos sobre el objeto específico del inmueble, propiedad, existente a la fecha de suministro de la información. La información resumida sobre los derechos sobre los objetos de la propiedad inmueble se entrega solo en los casos, permitidos por los actos legislativos.

5) La denegación del registro estatal de la propiedad inmueble, los derechos sobre ella o la transacción con ella o la elusión del registro por parte del organismo respectivo puede apelarse ante un tribunal”.

¹⁴⁰ “Artículo 165. Registro estatal de transacciones. 1. Las transacciones con bienes inmuebles estarán sujetas al registro estatal de acuerdo con el procedimiento previsto en este Código y la legislación sobre registro de bienes inmuebles, derechos sobre ellos y transacciones con ellos.”

¹⁴¹ “Artículo 224. Momento en que se origina el derecho de propiedad del adquirente contratante.
(...)

los contratos de enajenación estén sujetos a registro estatal, el derecho del adquirente se configura desde la inscripción registral.

Respecto al contrato de enajenación inmobiliaria –compraventa– los Artículos 521¹⁴² y 522¹⁴³, establecen como condición de validez su celebración por escrito, así como su sujeción a la inscripción registral como formalidad *ad solemnitaten*, especificando, además, que antes de la inscripción registral del acto de transferencia, las partes contratantes no pueden oponer su situación jurídica a terceros. No sólo la compraventa, sino también la donación está condicionada a la inscripción en el registro inmobiliario, pues el Artículo 545^o que regula las formalidades en la celebración de los contratos de donación, establece tal imperativo en su inciso 3)¹⁴⁴.

A primera impresión pareciera que el precitado Art. 522^o diera a entender que la inobservancia de la inscripción registral no se sanciona con nulidad, sino sólo con oponibilidad, sin embargo, el Art. 166¹⁴⁵ descarta esa sospecha errónea, pues establece

2. En los casos en que el contrato de enajenación de bienes esté sujeto a registro estatal, el derecho de propiedad del adquirente surgirá desde el momento de la inscripción, salvo excepciones previstas en la ley”.

¹⁴² “Artículo 521. Forma del contrato de compraventa de bienes inmuebles.

El contrato de compraventa de un bien inmueble se celebrará por escrito mediante la redacción de un documento firmado por las partes (artículo 404, apartado 2). El incumplimiento tal formalidad supondrá su nulidad”.

¹⁴³ “Artículo 522. Registro estatal de transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles:

1. La transferencia del derecho de propiedad sobre un bien inmueble en virtud de un contrato de venta de un bien inmueble a un comprador estará sujeta al registro estatal.

2. La ejecución de un contrato de compraventa de un inmueble por las partes antes de la inscripción de la transferencia del derecho de propiedad en el registro estatal no podrá oponerse a terceros

3. En caso de que una de las partes evade el registro estatal de la transferencia del derecho de propiedad sobre un bien inmueble, un tribunal tendrá derecho, a petición de la otra parte, a dictar una decisión sobre el registro estatal de la transferencia de la propiedad. derecho de propiedad. La parte que eludió sin fundamento el registro estatal de la transferencia del derecho de propiedad debe compensar a la otra parte por las pérdidas causadas por la demora en el registro.”.

¹⁴⁴ “Artículo 545. Forma de contrato de donación

(...)

3. Un contrato de donación de bienes inmuebles estará sujeto a registro estatal”.

¹⁴⁵ “Artículo 166. Consecuencias del incumplimiento de la forma notarial del negocio jurídico y requisitos para su registro.

El incumplimiento de la forma notarial o de los requisitos relativos al registro estatal de un negocio jurídico conllevará su nulidad. Si una de las partes ha realizado total o parcialmente un negocio jurídico que requiere de fe notarial, y la otra parte ha eludido dicha certificación, el tribunal, a petición de la parte que cumplidora, podrá declarar que el negocio jurídico es válido, en cuyo caso, ya no se requerirá certificación notarial posterior.

Si un negocio jurídico de obligatoria inscripción registral se ha concluido en la forma requerida, no obstante, una de las partes elude al registro de la misma, un tribunal, a petición de la otra parte, podrá ordenar el registro de aquel negocio jurídico, debiendo inscribirse por el sólo mérito de la decisión del tribunal.

que el incumplimiento de la formalidad notarial o de la inscripción registral conllevará la nulidad del negocio jurídico. Además, tanto el Artículo 522°, en su inciso 3, de manera específica para las transferencias inmobiliarias, como el 166°, de manera genérica para cualquier negocio jurídico, facultan a que en caso la celebración no ha sido concluido con formalidad notarial o no se inscribieron por elusión injustificada de una de las partes, podrá ser considerado válido sólo para efectos que por petición de la parte cumplidora un tribunal ordene su inscripción registral.

El carácter constitutivo del sistema registral bielorruso se extiende más allá de la mera adquisición contractual o por traspaso, y quizás este sea un grado de mayor intensidad que caracteriza a este sistema en comparación con los otros códigos constitutivos analizados hasta aquí, que en casos de adquisición ex novo como son la usucapión, ocupación o accesión, el derecho nace fuera de registro, en cambio en el sistema bielorruso, inclusive la adquisición por usucapión requiere de la inscripción del derecho declarado para que nazca o se configure, en otros términos, según se desprende del Art. 235¹⁴⁶, aún vía usucapión el derecho de propiedad del usucapiente no nacerá sino desde el momento en que se practique la inscripción registral. El carácter constitutivo de la inscripción tampoco se agota en la usucapión, también se extiende a los bienes que nacen por creación, como los edificios, en buena cuenta, la adquisición del derecho por creación también para su génesis exige de la inscripción registral (Art. 220¹⁴⁷).

En los casos previstos en los incisos 2 y 3 de este Artículo, la parte que evade injustificadamente la fe notarial o el registro estatal de una transacción deberá compensar a la otra parte por las pérdidas causadas por la demora en concluir o inscribir el negocio jurídico”.

¹⁴⁶ “Artículo 235. Prescripción adquisitiva:

La persona, ciudadano o persona jurídica, que no sea dueño de un bien, pero de buena fe, posea de forma abierta e ininterrumpida como ánimo de propietario durante quince años o, para otros bienes, durante cinco años, adquirirá el derecho de propiedad de dicha propiedad (prescripción adquisitiva). El derecho de propiedad sobre bienes inmuebles y otros bienes sujetos a registro estatal surgirá para la persona que adquirió estos bienes en virtud de prescripción adquisitiva desde el momento de la inscripción registral”.

¹⁴⁷ “Artículo 220. Génesis del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles de nueva creación:

1. El derecho de propiedad sobre los edificios o instalaciones en construcción y otros bienes inmuebles de nueva creación surgirá desde el momento en que culmina la creación, salvo que la legislación establezca otra cosa.
2. En los casos en que los bienes inmuebles de nueva creación estén sujetos al registro estatal, el derecho de propiedad surgirá desde el momento de dicho registro, a menos que la legislación establezca otra cosa. (...)”

Finalmente, el sistema de transferencia bielorruso es de inscripción registral inmobiliaria constitutiva y causalista porque no contempla una separación entre contratos obligatorios y contratos reales, ni siquiera algo análogo al sistema alemán, es más, según la definición del propio contrato de compraventa inmobiliario marca la pauta de obligación de transferencia (Art. 520¹⁴⁸) que se consume con su inscripción registral; y claro está que lo que se inscribe es el contrato de compraventa, donación, permuta o cualquier otro negocio jurídico con vocación traslativa que expresa una razón o causa de la adquisición o la transferencia, sin necesidad de abstracción alguna. En otros términos, los referidos contratos son la causa o título de adquisición de la propiedad que justifica la inscripción registral que es el modo de adquisición de la propiedad. El carácter causalista del sistema de transferencia, además, es notorio de la regulación de la transferencia de cosas en general que establece la *traditio*, en sus diversas modalidades, la *traditio* real, la *traditio* documental, *traditio brevi manu*, etc. según resalta el Art. 225¹⁴⁹.

(viii) El Ordenamiento jurídico ruso (1995) .

El Derecho Civil ruso históricamente se construyó a la sombra del derecho romano, especialmente el Derecho Bizantino, el cual luego se vio interrumpido por el derecho socialista cuyo declive finalizó con la emisión de la Constitución de 1993 significando el abandono del sistema socialista de la propiedad hacia el reconocimiento de la propiedad privada en su Art. 8, conjuntamente con otras libertades como la herencia y la libertad de empresa, que desembocaría en la adopción del Código Civil, vigente

¹⁴⁸ “Artículo 520. Contrato de compraventa de bienes inmuebles.

1. En virtud de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, el vendedor estará obligado a transferir a la propiedad del comprador un terreno, edificio, instalación, apartamento u otro bien inmueble (artículo 130 (1))”

¹⁴⁹ “Artículo 225. Transferencia de cosa:

1. Se considerará transmisión la entrega de una cosa al adquirente, y asimismo la entrega a un transportista para su envío al adquirente, o la entrega de una oficina de comunicaciones para el envío al adquirente de una cosa enajenada sin obligación de entrega. Una cosa se considerará entregada al adquirente desde el momento de su efectivo recibo en posesión del adquirente o de la persona que éste designe.

2. Si al momento de concluir un contrato de enajenación de una cosa ya se encuentra en la posesión del adquirente, la cosa se entenderá cedida a él a partir de este momento.

3. La transferencia de un conocimiento de embarque u otro documento de disposición de mercancías para el mismo será equiparado a la transferencia de una cosa”.

desde enero de 1995, cuya Sección II se dedica a los derechos reales, recogiendo, además, los atributos que reconocía el derecho romano, significando una vuelta hacia el derecho eurocontinental. (Ajani, 2009, pp. 171, 175 y 191). Para nosotros, el ordenamiento jurídico privado aún conserva tenues rasgos de la ideología socialista.

El vigente Código Civil de la Federación Rusa¹⁵⁰ (*GKRF*) es en realidad el modelo que sirvió para el Código Civil de Bielorrusia ya antes analizada, siendo aquella, casi una réplica suya. En consecuencia, también el sistema de transmisión inmobiliaria de la propiedad con base en el registro constitutivo y causalista del sistema Bielorruso es casi como el mismo sistema ruso puesto en un espejo.

El aspecto que nos interesa está regulado *ab initio* en el Art. 131° Inciso 1) del *GKRF*, que fue modificado por La Ley Federal N° 58-FZ de 29 de junio de 2016. El cual establece que el derecho de propiedad y los demás derechos patrimoniales inmobiliarios, así como su restricción, génesis,¹⁵¹ transferencia y extinción deberán ser inscritos en el Registro Estatal Inmobiliario Unificado.

De otro lado los Art. 164¹⁵² y 165° del *GKRF* complementan que los negocios jurídicos sujetos al registro estatal, así como los actos jurídicos modificatorios a aquellos surten efectos desde su inscripción. En su versión primigenia el segundo de los artículos mencionados¹⁵³ sancionaba con nulidad la inobservancia a tal exigencia, sin embargo,

¹⁵⁰ Russian Federation (2016). Civil Code of the Russian Federation. *UniCredit Group*. Recuperado de <https://gss.unicreditgroup.eu/sites/default/files/markets/documents/Civil%20Code%20of%20the%20Russian%20Federation.pdf> (20/12/2020), también disponible en: <http://www.russian-civil-code.com/>, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_360.pdf y <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf> (29/12/2020).

¹⁵¹ “Artículo 131. Registro estatal de bienes inmuebles.

1. El derecho de propiedad y los demás derechos de propiedad sobre los inmuebles, la restricción de estos derechos, su surgimiento, transferencia y cese deberán inscribirse ante el el Registro Estatal Inmobiliario Unificado, efectuada por los órganos que llevan a cabo el registro inmobiliario de derechos sobre bienes inmuebles y transacciones en el mismo. Estarán sujetos al registro: el derecho de propiedad, el derecho de gestión económica, el derecho de gestión operativa, el derecho de posesión vitalicia heredada, el derecho de uso permanente, la hipoteca, las servidumbres, y también los demás derechos en los casos previstos por el presente Código y por otras leyes”

¹⁵² “Artículo 164. El registro estatal de transacciones.

1. Cuando la ley prevé el registro estatal de un negocio jurídico sus efectos legales se producirán después de su registro.

2. Un negocio jurídico que prevé la alteración de los términos de un negocio jurídico registrado está sujeto al registro estatal”.

¹⁵³ Fue modificado por La Ley Federal No. 100-FZ de 7 de mayo de 2013 quedando redactado en los términos siguientes:

“Artículo 165. Efectos de eludir la certificación de un negocio jurídico por un notario o el Registro estatal:

por la modificación introducida La Ley Federal No. 100-FZ se suprimió la sanción de invalidez, quedando redactado estrictamente la facultad que ostenta la parte perjudicada con la evasión injustificada en la inscripción registral de acudir en el plazo de un año a un tribunal a efectos que ordene la inscripción registral y las consecuentes indemnizaciones por los daños que le haya generado tal demora.

Por otro lado, el *GKRF* dedica el Capítulo 14, a la adquisición del derecho de propiedad. En el Art. 218.2¹⁵⁴ regula como causas de adquisición de la propiedad vía traspaso, es decir, adquisición derivativa, expresando en primer orden a la compraventa, luego la permuta, la donación o cualquier otro tipo de negocio jurídico enajenatorio. Pero el Art. 223, en su inciso 2)¹⁵⁵ es explícito en señalar que los contratos enajenatorios sobre bienes o cosas que estén sujetas a inscripción registral el derecho de propiedad del adquirente se origina recién con la inscripción. Inclusive en los casos de las propiedades que se originan por la creación de cosas, el derecho de propiedad

(...)

2. Si un negocio jurídico cuyo registro estatal se requiere se ha realizado en una forma, pero una de las partes evade su registro, un tribunal a petición de la otra parte tiene derecho a tomar la decisión sobre su inscripción registral que será realizada de conformidad con la decisión del tribunal.

3. Cuando así lo dispongan los puntos 1 y 2 de este artículo, la parte que haya eludido infundadamente la certificación notarial o el registro estatal de un negocio jurídico está obligado a compensar a la otra parte por las pérdidas causadas por la demora en la certificación notarial o el registro.

4. El plazo de prescripción para las reclamaciones citadas en este artículo será de un año.”

¹⁵⁴ “Capítulo 14. La adquisición del derecho de propiedad

Artículo 218. Las causas de adquisición del derecho de propiedad

1. El derecho de propiedad de una cosa nueva, fabricada o creada por la persona para sí mismo, respetando la ley y los demás actos jurídicos, será adquirido por esta persona. El derecho de propiedad de los frutos, los productos y los ingresos, derivados del uso de la propiedad, se adquirirá conforme a las causas estipuladas en el artículo 136 del presente Código.

2. El derecho de propiedad sobre las cosas que tienen propietario, podrá ser adquirido por la otra persona por el contrato de compraventa, de la permuta y la donación, o por otro tipo de negocio jurídico cuyo objeto sea la enajenación de la cosa.

(...).”

¹⁵⁵ “Artículo 223. Momento contractual en que para el adquirente surge el derecho de propiedad.

1. El derecho de propiedad surgirá en el adquirente de la cosa desde el momento de su transmisión, salvo que la ley o el contrato disponga lo contrario.

2. En los casos en que la enajenación de las cosas esté sujeta al registro estatal, el derecho de propiedad del adquirente se origina desde el momento de la inscripción, salvo que la ley establezca lo contrario.

Los bienes inmuebles se declararán pertenecientes a un adquirente de buena fe (inciso 1 del artículo 302) del derecho de propiedad desde el momento de dicha inscripción, salvo los casos previstos en el artículo 302 de este Código cuando el titular tenga derecho a recuperarlos propiedad de un adquirente de buena fe”. La redacción del inciso 2 corresponde a la versión modificada por la Ley Federal No. 217-FZ del 30 de diciembre de 2004.

sobre la cosa nueva creada, si está sujeta al registro de bienes (v.g. un edificio) el derecho de propiedad surgirá recién desde la inscripción registral (Art. 219¹⁵⁶).

Las disposiciones antes señaladas concuerdan en general, con las disposiciones relativas al contrato de compraventa, pues el Art. 433 del en su inciso 3)¹⁵⁷ en su versión modificada por la *Federal Law* No. 42-FZ de 08 de marzo de 2015, establece que aquel contrato no se considerará celebrado sino desde el momento de su inscripción registral.

Hay disposiciones específicas sobre la compraventa de los denominados bienes raíces. En efecto, en el subcapítulo 7, Cap. 30, hallamos el Art. 549¹⁵⁸ que lo define como el contrato de en virtud al cual el vendedor se obliga a transferir el derecho de propiedad de un suelo, edificación, un apartamento o cualquier otro inmueble. Además, el Art. 550¹⁵⁹ establece que la compraventa de bienes raíces, bajo sanción de nulidad, debe celebrarse mediante documento escrito, mientras que el Art. 551¹⁶⁰ establece que es

¹⁵⁶ “Artículo 219. Génesis del derecho de propiedad de cosas recién creadas.

El derecho de propiedad de los edificios, las estructuras y el otro inmueble recién creado, sujeto al registro del Estado, se derivará del momento de dicho registro”.

¹⁵⁷ “Artículo 433. El momento de la conclusión del contrato

1. El contrato se reconocerá como celebrado en el momento en que la persona, que ha remitido la oferta, haya obtenido su aceptación.

2. Si de conformidad con la ley, también es necesario la cesión del bien para la celebración del contrato, se considerará concluida desde el momento de la cesión del bien correspondiente (artículo 224).

3. El contrato, sujeto al registro estatal, se considerará celebrado desde el momento de su registro, a menos que la ley disponga lo contrario”.

¹⁵⁸ “_7. Venta de Bienes Raíces

Artículo 549. El Contrato de compraventa de Bienes Raíces

1. En virtud del contrato de compraventa de bienes inmuebles, el vendedor se obliga a transferir a favor del comprador el derecho de propiedad que ostenta sobre una parcela de suelo, un edificio o estructura, un apartamento u otros bienes inmuebles (artículo 130)”

¹⁵⁹ “Artículo 550. La forma del Contrato de compraventa de Bienes Raíces

El contrato de compraventa de bienes inmuebles se celebrará por escrito mediante la elaboración de un documento que las partes firmarán (punto 2 del artículo 434).

El incumplimiento de la forma de un contrato de venta de bienes inmuebles acarreará su invalidez”

¹⁶⁰ “Artículo 551. Registro inmobiliario de la transferencia de la transferencia de propiedad.

1. La transferencia del derecho de propiedad inmobiliaria en virtud del contrato de compraventa de bienes raíces a favor del comprador estará sujeta al registro estatal.

2. Antes del registro estatal de la transferencia del título de propiedad como ejecución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por las partes no servirá de causa para establecer relaciones jurídicas con terceros.

3. Cuando una de las partes evade el registro estatal de la transferencia del título de propiedad inmobiliaria, el tribunal tendrá el derecho a petición de la otra parte, y en los casos previstos por la legislación de la Federación de Rusia en la acción judicial de ejecución también a pedido de otra autoridad a tomar una decisión sobre el registro estatal de la transferencia del derecho de propiedad. La parte que evade infundadamente al registro estatal de la transferencia del título de propiedad

un contrato sujeto a inscripción en el registro estatal, en tanto ello no ocurra las partes están privadas de basarse en aquél contrato para establecer relaciones jurídicas con terceros; además, en su inciso 3) que fue modificado por La Ley Federal No. 225-FZ de 2 de octubre de 2007, faculta al comprador a que ante la elusión injustificada de la obligación de formalización registral del vendedor acuda al tribunal para que ordene la inscripción registral de la compraventa, estando el vendedor obligado a indemnizar por los daños que haya causado la demora en la inscripción registral.

Hasta aquí ha quedado claro que el *GKRF* instauró un sistema de transferencia inmobiliaria basado en el registro constitutivo y causalista. Pues lo que se inscribe es la compraventa y esa inscripción es la que transmuta el derecho de propiedad de la esfera patrimonial del enajenante hacia la esfera patrimonial del comprador, no se requiere un acuerdo abstracto como en el sistema de transferencia alemán, de modo que es válido agrupar el sistema ruso al sistema de transferencia al que refiere la Fig. N° 06.

La inscripción constitutiva no se introdujo recién con la caída del régimen comunista, sino que inclusive es anterior, sobre ello García (2005) explica que, era difícil conocer el sistema registral soviético, hasta la celebración de la Conferencia sobre publicidad registral en la URSS, promovida por el diplomático Antonio Martín Burgos con fecha 08 de febrero de 1988, quien resaltó el carácter constitutivo del sistema registral soviético:

Esta es una de las características fundamentales que apunta (...) que le lleva a destacar la inscripción constitutiva no solo en relación con la hipoteca sino también con la propiedad privada, y además, la nota de la “integridad del Registro”, en el sentido que toda propiedad privada está incluida en el Registro soviético. La transferencia de la propiedad exige también la inscripción registral (p. 414).

El carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho de propiedad no alcanza sólo a la adquisición por traspaso o transferencia, sino también por otras modalidades, como es el caso de la prescripción que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos

estará obligada a indemnizar las pérdidas que a la otra parte le haya ocasionado la demora de la inscripción registral”.

opera extraregistralmente, pues el derecho nacerá desde el momento en que se inscriba la usucapión declarada, conforme dispone el Art. 234, inciso 1)¹⁶¹.

Sobre el registro de bienes y derechos, la Federación Rusa, el 21 de julio de 1997 emitió la Ley Federal No. 122-FZ, que, sin embargo, ha sido sustituida recientemente por la Ley Federal N° 218-FZ, del 13 de julio de 2015, conocida como la Ley Federal Rusa acerca del Registro Estatal de Bienes Raíces¹⁶². Que es una de las más modernas del mundo y está sustentada en un progresivo inventario catastral, orientada a un Registro Estatal Único de Bienes raíces conforme se advierte de su Artículo 1, inciso 1)¹⁶³.

El registro inmobiliario único del Estado, es equivalente a una partida registral nacional que por la inmatriculación de un inmueble se crea en nuestro país, pero más compleja y completa conforme se desprende del Art. 1, inciso 2 de la Ley Federal, es el código de los datos auténticos sistematizados sobre los bienes inmuebles considerados de acuerdo con la Ley Federal que la regula, sobre los derechos registrados a dichos bienes inmuebles, las bases de su origen, los propietarios y de otros datos.

Es importante destacar que la Ley Federal del Registro de Bienes Raíces, dispone una regla esencial que consolida el carácter constitutivo del sistema registral, pues en el Inciso 5)¹⁶⁴ del ya mencionado Art. 1, sintetiza a la inscripción registral como única

¹⁶¹ “Artículo 234. Prescripción adquisitiva.

1. La persona –ciudadano o persona jurídica– quien no es propietario, pero que ha poseído de buena fe, pública y pacíficamente, como propietario, por quince años en el caso de inmuebles o; cinco años en caso de bienes otra naturaleza, adquirirá el derecho de propiedad sobre aquellos bienes (the acquisitive prescription).

El derecho de propiedad sobre bienes inmuebles o cualquier otro bien sujeto a registro estatal, se configurará a favor del que adquiere por prescripción adquisitiva recién desde el momento de su inscripción registral”.

¹⁶² Federación Rusa (2015). *Ley Federal Rusa acerca del Registro Estatal de Bienes Raíces*. CIS-Legislation. Recuperado de <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=77202> (02/01/2021)

¹⁶³ “Capítulo 1. Disposiciones generales

Artículo 1. Sujeto a la regulación de esta Ley Federal. Disposiciones básicas

1. Esta Ley Federal rige las relaciones que surgen de la implementación en el territorio de la Federación de Rusia del registro estatal de los derechos de propiedad inmobiliaria y las transacciones con él que están sujetas de acuerdo con la legislación del Registro Estatal de la Federación de Rusia, el registro catastral estatal de los inmuebles sujetos a dicha contabilidad de acuerdo con esta Ley Federal y, además, llevar el Registro Único Estatal de Bienes Raíces y provisión de los datos que esta Ley Federal contenga en el Registro Único Estatal de Bienes Raíces.

(...)”.

¹⁶⁴ “(...)

prueba respecto a los derechos que por ley están sujetas a inscripción registral. Aspecto de capital importancia que denota una garantía cualificada de seguridad jurídica del tráfico de bienes raíces a efectos de evitar inexactitudes registrales que conllevan a la multiplicación de conflictos intersubjetivos en disputa de la propiedad con las dificultades que significa la probanza de la actuación distanciada de la buena fe.

El inciso 6) del mismo artículo complementa una disposición de concordancia con el *GKRF*. En efecto, establece que el derecho de propiedad y cualquier otro derecho real que recae sobre bienes inmuebles, así como los negocios jurídicos relaciones con él, de conformidad con el Art. 130, 131, 132, 133.1 y 164 del *GKRF* están sujetas a registro estatal¹⁶⁵.

No es necesario abordar todo el procedimiento de inscripción registral, dado que excede los límites de esta investigación, sin embargo, un aspecto cuya relevancia hay que resaltar es que el sistema registral inmobiliario se basa en otro registro oficial previo, que es el Registro Estatal Catastral, en el que constan datos físicos sobre las parcelas de terreno, edificios, construcciones, habitaciones, plazas de aparcamiento, sobre objetos de construcción en curso, sobre complejos inmuebles individuales y cualquier otro que determine la Ley Federal, que confirman la existencia de tales bienes inmuebles y si tienen las características que permiten determinarlo como algo individual y cierto, o determinar su extinción física, conforme reza el Art. 1. Inciso 7).

La correlación del sistema registral federal unificado con el sistema catastral Federal permite que cada bien inmueble tenga un código catastral único, irrepetible e inmutable en el tiempo y en el territorio de la Federación, el cual es asignado por el Registro Federal (Art. 5, Inciso 1). Esto garantiza una real eficacia del sistema del folio real evitando la múltiple inmatriculación de un mismo bien inmueble, sobre cuya base,

5. La inscripción estatal del derecho en el registro inmobiliario único estatal es la prueba única de la existencia del derecho registrado. El derecho a la propiedad inmobiliaria inscrito en el Registro Único de Bienes Raíces sólo puede ser impugnado judicialmente”.

¹⁶⁵ “(...)

6. El derecho de propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles y transacciones con él, de conformidad con los artículos 130, de 131, de 132, 133.1 y 164 Códigos Civiles de la Federación de Rusia, están sujetos a registro estatal. En los casos establecidos por la Ley Federal, que surjan, incluso sobre la base del acuerdo, ya sea el acto de autoridad pública, o el acto del organismo del gobierno local, la restricción de los derechos y el embargo de bienes inmuebles, en particular la servidumbre, hipoteca, gestión de fideicomisos, arrendamiento, empleo de locales están sujetos a registro estatal”.

además, se realizan las inscripciones de derechos o restricciones inmobiliarias, es decir, los asientos registrales de los derechos o restricciones a publicitarse se extienden sobre el código registral único de cada finca inmatriculada (Art. 5.2).

Según se advierte del Art. 6 de la Ley Federal *ut supra*, la correlación sistema registral y catastro nacional de la federación¹⁶⁶, determina, también, que el registro federal inmobiliario unificado se erija sobre una cuidadosa red geodésicas estatal y sobre una base cartográfica electrónica unificada creada de acuerdo con la legislación sobre geodesia y cartografía. Por lo que el registro estatal inmobiliario unificado se compone de información textual (datos semánticos) e información gráfica (Art. 7.2.). Aquel registro unificado, no sólo constituye un inventario jurídico-cartográfico de los inmuebles de dominio privado, sino que, también de bienes de dominio público, no en vano bajo el concepto de Registro de fronteras (Art. 10) se inscribe zonas forestales, territorios de patrimonio cultural, territorios naturales protegidos, zonas económicas especiales, zonas prohibidas de caza, etc. En buena cuenta, se trata de un registro cuya sólo denominación de unificado nos permite comprender su plenitud.

4.1.2. Los sistemas consensualistas.

(i) El ordenamiento jurídico italiano (1942).

Como hemos referido el *Code* instauró el sistema consensual respecto a la transferencia de inmuebles, sin embargo, fue una acción algo dubitativa, por no decir una triquiñuela jurídica (como lo llamó Forno, 1993, p. 81), pues el principal contrato traslativo que es la compraventa fue definido por el artículo 1582 como obligación de entrega de una cosa a cambio de un precio acordado, pero que esa *traditio* es perfecta con la mera celebración del contrato. Se trataba entonces de un consensualismo a

¹⁶⁶ “Actualmente, el sistema para el registro estatal de derechos y catastro inmobiliario en el territorio de la Federación de Rusia se basa en lo siguiente:

- Órgano federal en el ámbito del registro estatal de derechos sobre bienes inmuebles y registro catastral - Registro del Estado de Rusia;
- Órganos territoriales - Direcciones de registro del estado ruso en el ámbito del estado registro de derechos de propiedad inmueble y registro catastral, ubicado en el territorio de las entidades de la Federación de Rusia” (Bolshakona, 2012, p. 2).

medias, un consensualismo todavía bajo el pesado yugo histórico del derecho romano transformado en la dualidad del título y modo.

En cambio, el Código Civil italiano, instauró a secas un sistema consensual puro, de mayor grado, con una intensidad superior, pues se alejó de aquel solapamiento e instauró el contrato con efectos reales, el que conservó su vigencia en el *Codice Civile*¹⁶⁷ de 1942. Es que, en su artículo 922°, en la relación de diversos modos de adquisición de la propiedad, entre la ocupación y usucapión, aparece como uno de aquellos “*per effetto di contratti*”¹⁶⁸. Como se aprecia, a diferencia de la legislación española no hace mención alguna a la *traditio* y a diferencia del sistema francés que transita por esa tortuosa fórmula de contrato, luego obligación y finalmente la *traditio*, abrevia contrato = transferencia. Sin embargo, esa postura contrasta con el perfil de acentuado romanismo que se le atribuye a esta legislación, pues como refiere Somma (2016), la codificación italiana restituyó autoridad a los doctores romanistas que habían sido opacadas por la revolución francesa iluminista. Italia que fue “*maestra del derecho de gentes*”, a pesar de las intermitencias de desconexión con el derecho romano, en general estuvo asociado a dicha tradición (p. 134).

La máxima coronación del sistema consensual a través de los contratos con efectos reales está expresada en el artículo 1376° del *Codice Civile*¹⁶⁹, en cuanto precisa, que en los contratos cuyo objeto sea la transferencia de la propiedad sobre una cosa determinada, la constitución o transferencia de aquel derecho que se está adquiriendo operará *per effetto del consenso* de las partes legítimamente manifestado.

No cabe agregar nada más, pues queda fuera cualquier duda respecto a que el mero consentimiento contractual que tenga por objeto la transferencia de propiedad se erige como fuente directa de la transferencia efectiva de tal derecho. Sin embargo, se debe

¹⁶⁷ Gobierno de Italia (1942, 4 de abril). R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Il Codice Civile Italiano; *Edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale*, n. 79. Recuperado de <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> (09/12/2020)

¹⁶⁸ “Art. 922. Modi di acquisto. La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge”.

¹⁶⁹ “Art. 1376. Contratto con effetti reali. Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

tomar nota especial sobre lo siguiente: cuando se hace referencia a los contratos reales y al consentimiento legítimamente manifestado, se debe entender por un contrato celebrado con las formalidades señaladas por la Ley. Es el caso que los contratos de transferencia de inmuebles, por mandato expreso del artículo 1350° del mismo cuerpo normativo¹⁷⁰ y bajo sanción de nulidad, debe celebrarse por *atto pubblico* o *scrittura privata*. Entendiéndose por *atto pubblico* o escritura pública como el documento redactado con intervención de notario o funcionario autorizado para dar fe pública (Art. 2699).

Es necesario advertir que los efectos reales producidos por la mera celebración del contrato, para su oponibilidad a terceros, especialmente al tercero registral, precisan de transcripción en el registro de predios. Esa exigencia es posible corroborar del artículo 2463°, el cual manda que se haga público mediante la transcripción, en primer lugar, los contratos de transferencia de propiedad¹⁷¹. Eso presupone que el derecho de propiedad adquirido por la mera celebración del contrato, esto es, sin transcripción, no afecta o no tiene efectos frente a terceros, en primer término, porque, así lo dispone el Artículo 1372¹⁷², en segundo término porque, el artículo 2644¹⁷³ del mismo *Codice Civile* es enfático en señalar que los actos de adquisición no inscritos o inscritos tardíamente carecen de efectos respecto a la transcripción prioritaria, aunque la adquisición extraregistrada date de fecha más antigua, tanto peor, no son oponibles a los adquirentes registrales que lo hicieron en virtud al acto transcrito anteriormente. Sin temor a equívoco es posible afirmar que el derecho de propiedad adquirido por la mera

¹⁷⁰ “Art. 1350. Atti che devono farsi per iscritto.

Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità:

1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; (...)”

¹⁷¹ “Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili

Art. 2643. Atti soggetti a trascrizione.

Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:

1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; (...)”

¹⁷² “Art. 1372. Efficacia del contratto.

(...)

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”.

¹⁷³ “Art. 2644. Effetti della trascrizione.

Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore”.

celebración del contrato con efectos reales no configura más que una propiedad limitada en su oponibilidad y en su ejercicio.

La cuestión de inoponibilidad es posible entenderlo a plenitud, desde el ejemplo de la doble venta: A en virtud a su derecho que obra transcrito en el registro otorga en venta a B, quien omite transcribir su adquisición por considerar que ya detenta la propiedad en virtud a la mera compraventa, a la posteridad A vuelve a vender el inmueble a C, quien lo transcribe inmediatamente. Lo que el artículo 2644 establece es que la adquisición de B no tendrá ningún efecto respecto a C por haber adquirido éste en virtud al acto que aún figuraba transcrito a favor de A, pese a que la adquisición de B es anterior al de C.

El rol de la transcripción registral es tan determinante en la adjudicación del derecho de propiedad durante disputas por pluralidad de reclamantes, a tal nivel que, inclusive los meros contratos preparatorios, pre-contratos o los denominados *contratti preliminari* que hayan sido previamente transcritos y, además, dentro de un año hayan desembocado en un contrato definitivo, prevalecerán sobre las transcripciones realizados contra el promitente vendedor con posterioridad¹⁷⁴. Por tanto, la inscripción registral tiene la suficiencia para hacer prevalecer un contrato preparatorio por sobre un contrato con efectos reales no inscritos, a pesar que aquella ni ostenta objeto traslativo; lo que también devela las enormes limitaciones de una propiedad sin inscripción registral o por la mera celebración del contrato puesto en el contexto legislativo, no es oponible ni siquiera a un contrato preparatorio inscrito.

¹⁷⁴ “Art. 2645-bis. Trascrizione di contratti preliminari.

1. I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente.

2. La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

3. Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni (1) dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2)”.

Por ello es que no se puede estar en desacuerdo con Martínez (2009) quien acota que, a pesar de la vigencia de un sistema consensual intenso, la transferencia de propiedad inmobiliaria opera por fases antes que por un acto instantáneo, de manera progresiva, con Mattei, discriminan que la transmisión consensual es sólo la primera fase, que no alcanza nada más que una transmisión *inter partes*, mientras que la oponibilidad *erga omnes*, esto es, una propiedad esgrimible frente a todos, se alcanza recién con la inscripción registral, que es la siguiente fase de la transmisión. (p. 82).

(ii) El ordenamiento jurídico portugués (1966).

El Código Civil portugués, promulgada mediante el Decreto Ley Nº 47344¹⁷⁵, es otro de los códigos que al igual que italiano, instaura los denominados contratos con efectos reales, que es una de las variantes más intensas del sistema de transferencia consensual de la propiedad. En efecto, la lectura conjunta de los diferentes dispositivos no deja margen para dudar que los contratos gozan de aptitud para configurar derechos reales.

Es que, el contrato está señalado en el Artículo 1316° como uno de los integrantes del elenco de los modos directos de adquisición de la propiedad¹⁷⁶ conjuntamente con la usucapión, la ocupación y otros; inclusive el Artículo 1317° establece en su numeral a)¹⁷⁷, el momento de la adquisición del derecho de propiedad, que en caso de los contratos con vocación traslativa (v.g. compraventa) opera por su mera celebración.

El Artículo 408°, Inciso 1)¹⁷⁸ enfatiza respecto al momento de adquisición del derecho de propiedad por contrato. En definitiva, bajo el rótulo de los contratos con eficacia real, establece el imperativo por el cual la transferencia o constitución de derechos reales, entre ellos, la propiedad, se produce por el mero efecto del contrato, con la única condición que la cosa objeto de enajenación sea determinada.

¹⁷⁵ Gobierno de Portugal (1966, 25 de noviembre). *Decreto-Lei n.º 47344. Código civil do Portugal*. Diário do Governo n.º 274/1966. Disponible en <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view> (08/12/2020)

¹⁷⁶ “Artigo 1316° (Modos de aquisição). O direito de propriedade adquire-se por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei”

¹⁷⁷ “Artigo 1317° (Momento da aquisição). O momento da aquisição do direito de propriedade é: a) No caso de contrato, o designado nos artigos 408° e 409°”

¹⁷⁸ “Artigo 408° (Contratos com eficácia real). 1. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei.”

Ya se sabe que el más usual contrato con vocación de transferencia de la propiedad viene a ser pues la compraventa sobre cuya naturaleza, el Código portugués no se anda con rodeos como el código napoleónico, más bien, se alinea al *Codice Civile*. Es que a diferencia del *Code* que define a la compraventa como la obligación de *traditio* pero luego acude a la ficción por el cual la *traditio* se entiende perfecta con el mero consentimiento contractual, el portugués es directo y simple, por ello, en su Artículo 874° lo define¹⁷⁹ como el contrato por el cual se “*trasmite la propiedad de una cosa*” mediando pago de un precio.

La aptitud traslativa de la compraventa no se infiere sólo de la definición, sino que inclusive se destina un artículo específico que establece fuera de toda duda qué efectos genera el contrato de compraventa, ese rol se le asigna al Artículo 879¹⁸⁰, que contempla el listado de sus efectos esenciales, apareciendo en primer lugar la transmisión de la propiedad de la cosa que se enajena, luego de ello recién se menciona a la obligación de entrega de la cosa enajenada y la obligación de pagar el precio.

Queda establecido en primer término que la mera celebración del contrato con vocación traslativa es suficiente para transferir el derecho de propiedad; sin embargo, es imperativo aclarar que, por mera celebración, no debe entenderse cualquier celebración, sino la celebración con todos los requisitos y formalidades que establece la legislación. La compraventa cuando está referida a inmuebles se erige como un contrato con formalidad *ad solemnitaten*, pues el Artículo 875° del Código¹⁸¹ establece que la compraventa de bienes inmuebles sólo es válida si es celebrado por escritura pública.

La inferencia parcial que se puede establecer sobre el sistema de transferencia inmobiliaria es que ésta opera por el otorgamiento de escritura pública del contrato con vocación de transferencia, la expresión mera celebración del contrato, debe ser entendido como contrato celebrado mediando escritura pública, de otro modo, la mera

¹⁷⁹ “Artigo 874° (Noção). Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço.”

¹⁸⁰ “Artigo 879° (Efeitos essenciais). A compra e venda tem como efeitos essenciais:

- a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito;
- b) A obrigação de entregar a coisa;
- c) A obrigação de pagar o preço”.

¹⁸¹ “Artigo 875° (Forma). O contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública”.

celebración sin observar tal formalidad carecerá de vocación traslativa de propiedad, no sólo porque observar dicha forma es requisito de eficacia traslativa, sino, más bien porque el otorgamiento de escritura pública en la venta de inmuebles es un requisito esencial de validez negocial. Es que el Artículo 220¹⁸² sanciona con nulidad a los negocios jurídicos que carecen de la forma prevista en la Ley, salvo disposición diferente. En síntesis, un contrato de compraventa que no conste en escritura pública, no sólo no transfiere el derecho de propiedad, sino que, además, carece de validez.

Otro de los negocios jurídicos con efectos traslativos reconocida en el artículo 954° Código portugués es la donación¹⁸³, que al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en cuanto tenga por objeto a bienes inmuebles, precisa para su validez, por tanto, también para la transferencia, que sea celebrada observando la formalidad de la escritura pública (Art. 947¹⁸⁴)

Sin perjuicio de lo precisado *ut supra*, resulta sumamente necesario advertir que la transferencia de propiedad otorgada por contratos elevados a escritura pública no es oponible a terceros, pues para ello, es preciso que esta adquisición consensual-formal sea inscrita en el respectivo del registro de predios. Al respecto el *Código do Registo Predial (Decreto-Lei N° 224/84, de 06 de Julho)*¹⁸⁵ en su Artículo 5¹⁸⁶, establece

¹⁸² “Artigo 220° (Inobservância da forma legal). A declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei”.

¹⁸³ “Artigo 954° (Efeitos essenciais). A doação tem como efeitos essenciais:

- a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito;
- b) A obrigação de entregar a coisa;
- c) A assunção da obrigação, quando for esse o objecto do contrato”

¹⁸⁴ “Artigo 947° (Forma da doação). 1. A doação de coisas imóveis só é válida se for celebrada por escritura pública.”

¹⁸⁵ Gobierno de Portugal (1984, 07 de junio). *Decreto-Lei n.º 224/84. Código do Registo Predial*. Diário da República n.º 155/1984, 1º Suplemento. <https://dre.pt/legislacao-consolidada-/lc/34544675/view> (08/12/2020)

¹⁸⁶ “Artigo 5. Oponibilidade a terceiros

- 1 - Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo.
- 2 - Exceptuam-se do disposto no número anterior:
 - a) A aquisição, fundada na usucapião, dos direitos referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º;
 - b) As servidões aparentes;
 - c) Os factos relativos a bens indeterminados, enquanto estes não forem devidamente especificados e determinados.
- 3 - Afalta de registo não pode ser oposta aos interessados pelos seus representantes legais a quem incumba a obrigação de o promover, nem pelos herdeiros destes.
- 4 - Terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si.
- 5 - Não é oponível a terceiros a duração superior a seis anos do arrendamento não registado”

supuestos de oponibilidad a terceros y precisa en su inciso 1) que “Los actos sujetos a registro producen efectos contra terceros sólo después de la fecha del registro respectivo”.

Si concordamos con el Artículo 2º, inciso 1) del *Código do Registo*, de la larga nómina, uno de aquellos actos sujetos a registro está conformadas precisamente por a)¹⁸⁷ los actos jurídicos que determinen la constitución, reconocimiento, adquisición o modificación de los derechos de propiedad; aquí quepa, sin duda la compraventa y cualquier otro acto referida a la transmisión de la propiedad inmobiliaria y cualquier acto de extinción de derecho que conste inscrito en el registro.

Lo que significa que en consonancia con su artículo 1º, la búsqueda de la seguridad del comercio inmobiliario tiene como una de sus reglas que las transferencias contractuales sin inscripción registral no son oponibles a terceros. En otros términos, no es suficiente que el negocio jurídico traslativo o contrato traslativo conste en escritura pública, sino que, para su real validez y para que la transferencia sea oponible a terceros, resulta un elemento condicionante su inscripción registral.

La conclusión que se puede extraer es que los derechos sujetos a registro, como es el caso de la propiedad, o los negocios jurídicos registrables como la compraventa no pueden ser opuestos a terceros mientras no se inscriban. Esto también permite definir que el tercero no puede ser afectado por un acto jurídico no inscrito. Si A quien es titular registral vende a B, pero luego vende la misma cosa a C quien se apresura y lo inscribe antes que B, la adquisición de este no será oponible al tercero registral que es C, en consecuencia, el adquirente con inscripción registral tendrá una oponibilidad por decirlo más cualificada que el adquirente que no inscribió. Es que el derecho de B, al

¹⁸⁷ “Artigo 2.º

1. Estão sujeitos a registo:

- a) Os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão;
- b) Os factos jurídicos confirmativos de convenções anuláveis ou resolúveis que tenham por objecto os direitos mencionados na alínea anterior;
- c) O acto constitutivo da propriedade horizontal e, bem assim, as respectivas modificações;
- (...)
- e) A mera posse;
- (...)
- q) Hechos jurídicos que impliquen la extinción de derechos, gravámenes o cargas registrados.”

no estar inscrito, por imperativo del artículo 4.1. del *Código do Registro*¹⁸⁸, está circunscrita a ser invocado frente a su vendedor A o sus herederos, mientras que por ejemplo la hipoteca no inscrita ni puede ser oponible entre las mismas partes. En cambio, el derecho no inscrito de B no tendrá eficacia alguna respecto a C, quien resulta ser el auténtico tercero respecto a aquella relación entre A — B, además, porque de conformidad con el Artículo 5.4¹⁸⁹. los “terceros, para efectos del registro, son aquellos que han adquirido de un autor común derechos incompatibles entre sí”.

Desde una perspectiva sistémica, entendiéndose, desde una óptica que coordina el *Código Civil* y el *Código do Registro*, la transferencia de la propiedad inmobiliaria por el mero contrato parece ser una regulación parcial, pues la plenitud de la transferencia se logra sólo con la inscripción registral, la adquisición por el mero contrato sin inscripción registral en tanto es invocable sólo entre las partes es una propiedad con serias limitaciones, abunda a esta posición que, por ejemplo, las partes contratantes mediante declaración expresa pueden otorgar efectos reales inclusive a una promesa contractual o contrato preparatorio, pero esa eficacia real está condicionada a la inscripción registral que será el que otorgue tal cualidad. Esto explica que el contrato de compraventa tenga efectos reales, pero a su vez, también explica las serias limitaciones del derecho adquirido por la mera celebración del contrato carente de inscripción registral que, al fin y al cabo, será un derecho huérfano de oponibilidad con riesgo de ser vencido por otro adquirente que inscriba primero.

Como tema final a tener en cuenta, la transferencia por el mero contrato tiene algunas condiciones previas claramente delimitadas que resultan altamente trascendentales para evitar sumir las propiedades inmobiliarias en la informalidad, pues además, de la escritura pública como requisito de validez, en el caso de los predios rústicos, existe prohibición de parcelar a las unidades de cultivo, en áreas menores a los permitidos

¹⁸⁸ “Artigo 4.º (Eficácia entre as partes)

1. Os factos sujeitos a registo podem ser invocados entre as próprias partes ou seus herdeiros, ainda que não sejam registados.
2. Exceptuam-se os factos constitutivos de hipoteca, cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo”.

¹⁸⁹ “Artigo 5º. Oponibilidade a terceiros (...)

- 4 - Terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”

para cada zona del país¹⁹⁰; respecto a los predios urbanos rigen los parámetros urbanísticos y sobre las propiedades horizontales, la constitución previa mediante escritura pública (Artículo 1419° del Código Civil).

4.2. LA TRANSFERENCIA INMOBILIARIA EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA.

Sobre la *traditio* puntualiza Guzmán (2015) que era una herencia jurídica inherente a las naciones que formaron la colonia ibérica, las que en las codificaciones modernas adoptadas poco a poco alrededor del S. XIX que sustituyeron las legislaciones indianas, se conservarían con algunas excepciones (p. 337). En efecto, como veremos más adelante, si bien el fenómeno codificador en general fue una emulación del *Code*, también es verdad que respecto a la trasmisión inmobiliaria no fueron muchos los códigos que se adhirieron al consensualismo, más bien, la mayoría conservó la *traditio* romana añadiéndole la publicidad registral, en pocos casos, sustituyéndola, tal como se desarrollará en las páginas siguientes.

4.2.1. Códigos civiles consensualistas:

(i) Código Civil Boliviano de 1975.

El Código Civil boliviano, vigente desde el 01 de enero de 1976, fue promulgada por el Decreto Ley N° 12760 del 06 de agosto de 1975, luego sufrió una suerte de revalidación mediante la Ley 1071 de 18/06/2018¹⁹¹. Aún después de la refundación y conversión a un Estado Plurinacional, en su mayor parte sigue vigente, especialmente, las disposiciones referidas a la transferencia inmobiliaria no han sufrido cambio alguno.

¹⁹⁰ “Artigo 1376°. Fraccionamento e emparcelamento de prédios rústicos

1. Os terrenos aptos para cultura não podem fraccionarse em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima, correspondente à unidade de cultura fixada para cada zona do País; (...).”

¹⁹¹ Estado Plurinacional de Bolivia (06/08/1975). Código Civil. *Infoleyes*. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Bolivia.pdf y <https://bolivia.infoleyes.com/norma/821/codigo-civil-cc> (06/01/2021)

Comienza regulando las modalidades de adquirir la propiedad en su Artículo 110°, agrupando tanto a las originarias como las derivativas, dentro de ésta última, de partida, destaca las que se adquiere a consecuencia de los contratos, señala “*La propiedad se adquiere por ocupación, por accesión, por usucapión, por efecto de los contratos, por sucesión mortis causa, por la posesión de buena fe y por los otros modos establecidos por la ley*” (énfasis nuestro).

Claro está que aquella disposición todavía no permite vislumbrar que estemos frente a un sistema de transferencia consensual, la misma recién es revelada en su Artículo 521°:

En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles.

Se advierte que el contrato no tiene sólo aptitud para transferir el derecho de propiedad, sino también constituir cualquier otro derecho real, que eventualmente puede ser la hipoteca o la anticresis.

La definición de venta es efectuada con énfasis directa en el efecto traslativo y no meramente obligatorio, por ello, su Artículo 584, establece “*La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio en dinero*”. Igual definición se efectúa de la Permuta, puesto que, en el Artículo 651 “*La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian otros derechos*”.

Como hemos advertido de la regulación del código portugués y el código italiano, la transferencia inmobiliaria por el mero consentimiento es una transferencia reducida a la esfera de los contratantes, más no despliega eficacia respecto a terceros, especialmente a un tercero con derecho publicitado e incompatible con el del adquirente por el mero consenso. Esa pauta es más acentuada inclusive en el código boliviano dado que en su Artículo 1538°, que regula la publicidad de los derechos reales, establece:

1. Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público según la forma prevista por este Código.
2. La publicidad se adquiere mediante la inscripción del título que origina el derecho en el registro de los derechos reales.
3. Los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles, y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.

Desde nuestra perspectiva, de la lectura e interpretación sincrética de las normas citadas, a diferencia del Código Civil Peruano, en cuanto a la regulación de la transferencia inmobiliaria, el código boliviano goza de una técnica legislativa congruente, por cuanto refiere explícitamente que “la enajenación no publicitada tiene efectos únicamente entre las partes más no frente a los terceros”, la omisión de referencia a ésta regla genera una innegable inseguridad jurídica, puesto que el comprador sin inscripción registral siempre pretende hacer valer frente al inscrito su derecho no publicado alegando que el vendedor dejó de ser propietario y por tanto la disposición de un derecho que ya no ostentaba constituye una vulneración abierta a la prohibición de “*nadie puede transferir más derecho del que tiene*”, mientras que el tercero invocará siempre su confianza en la información registral, escenario en el que a nivel peruano se ha observado un insalvable vaivén jurisprudencial, que de estar previsto esa fórmula complementaria e inescindible sobre el “relativo efecto sólo interpartes del derecho real adquirido por el mero contrato”, existiría una mayor garantía de la orientación jurisprudencial.

(ii) Código Civil de Venezuela (1982).

Otro de los códigos civiles latinoamericanos de orientación consensualista es el Código Civil Venezolano¹⁹², promulgada el 26 de julio de 1982, el cual al igual que el boliviano, parte por regular las modalidades originarias y derivativas del derecho de

¹⁹² Congreso de la República de Venezuela (26/07/1982). Código Civil de Venezuela. *Gaceta N° 2990. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional*. Recuperado de: https://iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_venezuela.pdf (06/01/2021)

propiedad, estableciendo en su Artículo 796¹⁹³, como la adquisición derivativa o por traspaso, está la propiedad que se adquiere por efecto de los contratos.

En consonancia con el anterior, en su Artículo 1,431° define a la donación no como obligación de transferir, sino propiamente como acto de transferencia a título gratuito de un bien a favor de otro¹⁹⁴; pero, es notorio su enorme diferencia con en relación a la regulación peruana, toda vez, que con bastante acierto establece expresamente que **cuando esté referida a inmuebles para la eficacia traslativa frente a terceros es una condición imperativa que la donación sea inscrita en los registros públicos**. Así enfatiza el Artículo 1439¹⁹⁵.

Respecto a la compraventa o simplemente venta, el Artículo 1474¹⁹⁶ define como el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir el derecho de propiedad de una cosa a cambio del pago de un precio. Si bien refiere a la mera “obligación” de transferir, si lo concordamos con el Art. 796 referido *ut supra* el efecto de este contrato es la adquisición de la propiedad a favor del comprador. Empero en su Artículo 1486° instituye como obligación principal del enajenante efectuar la tradición, obligación que a tenor del Artículo 1488¹⁹⁷, cuando el objeto de la compraventa sea bien inmueble opera con el otorgamiento del instrumento de propiedad, en buena cuenta, se está

¹⁹³ “Disposición General:

Artículo 796.

La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la Ley, por sucesión, por efecto de los contratos.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.”

¹⁹⁴ “Art. 1431. Donación.

La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta”

¹⁹⁵ “Capítulo II

De la Forma y Efecto de las Donaciones

Artículo 1.439

Para que sean válidas las donaciones, deben hacerse en forma auténtica y del mismo modo debe otorgarse su aceptación; pero cuando se refieran a inmuebles, no surtirán efecto alguno contra terceros sino después que sean registrados ambos actos. (...)”

¹⁹⁶ “Título V

De la venta

Capítulo I

De la Naturaleza de la Venta

Artículo 1 474

La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio.”

¹⁹⁷ “Artículo 1488.

El vendedor cumple con la obligación de hacer la tradición de los inmuebles con el otorgamiento del instrumento de propiedad””

frente a una tradición instrumental, el mismo que puede ser desde un instrumento público, hasta un mero instrumento privado, pero la tradición en estricto, allá no es condicionante de la configuración del derecho de propiedad, sino sólo de la posesión post adquisición dominical. Encontramos una similitud aparente con el sistema de transferencia inmobiliaria español, en cuanto la *traditio* allá también se practica mediante el otorgamiento del instrumento de propiedad, sin embargo, el sistema español establece como condición para la adquisición de la propiedad, en cambio el sistema venezolano, la transferencia opera por la mera celebración del contrato, que puede ser antes o coincidir, por ello uno se agrupa al sistema del título y modo, mientras que el otro al sistema consensual.

El Código Venezolano, al igual que el boliviano y en general como todo ordenamiento jurídico que instaura el sistema consensual, tiene una regulación acertada y superior al código peruano, preocupada por la seguridad jurídica de la transferencia del derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles, por cuanto, en el Artículo 1920¹⁹⁸, establece como imperativo, no como potestad, la inscripción registral de todo acto traslativo del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real.

¿Qué sucede si no se registra? Se aprecia que es obligatoria, pero no hay una sanción de invalidez del negocio jurídico, sino de una indiscutible ineficacia respecto a terceros. El gran acierto es que, precisamente por haber adoptado el sistema consensual y a efectos de no incurrir en antinomias, en su Artículo 1924¹⁹⁹, establece la carencia absoluta de efectos de los actos de transferencia no inscritos contra terceros adquirentes. El autor venezolano Cristóbal (1966) aclara bien este panorama al afirmar

¹⁹⁸ “Capítulo II
Reglas Particulares
Sección I
De los Títulos que deben Registrarse
Artículo 1.920
Además de los actos que por disposiciones especiales están sometidos a la formalidad del registro, deben registrarse:
1°.- Todo acto entre vivos, sea a título gratuito, sea a título oneroso, traslativo de propiedad de inmuebles, o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca.
(...)”

¹⁹⁹ “Artículo 1.924.
Los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta ya las formalidades del registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros, que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.
Cuando la Ley exige un título registrado para hacer valer un derecho, no puede suplirse aquel con otra clase de prueba, salvo disposiciones especiales.”

que el mencionado artículo desconfigura la concepción ordinaria de la transferencia entendida como enteramente consensual, es decir, a causa del mero contrato dispositivo especialmente en el evento de la doble venta en el cual la ordinaria eficacia transmisiva del contrato es pulverizada por la inscripción registral, pues a pesar que la segunda enajenación por la *regla nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* es ineficaz, sin embargo, dada la necesidad de dotarle de seguridad jurídica a la operación económica inmobiliaria se hace triunfar al título inscrito. Este fenómeno, según el mismo autor constituye una atribución *ex lege* del primer inscrito, de manera que hasta hay una cercanía con las inscripciones constitutivas toda vez que dotan de eficacia *erga omnes* a las adquisiciones *a non domino* (p. 44-45).

Las reglas de la transferencia son claras, en tanto se ha instaurado el sistema consensual coexistente con un sistema registral declarativo, al igual que en el código boliviano, no hay principio de presunción de exactitud de los asientos registrales, sumado a ello, la disposición expresa que la transferencia contractual sin publicidad es una vinculación estrictamente entre los contratantes y no perjudica ni tiene incidencia frente a terceros, naturalmente que esa claridad sobre los alcances y límites de la transferencia consensual y el rol de la publicidad registral resulta saludable para la seguridad jurídica.

Finalmente, es importante aclarar que prima la titulación auténtica, es decir, acceden a registros públicos sólo los documentos públicos, por eso hay que interpretar con cuidado el Artículo 1923²⁰⁰, a pesar que algunos consideran que sería un dispositivo que permite el acceso de instrumentos privados, sin embargo, la autenticación y comprobación de las firmas de los contratantes hay que entenderlo en el sentido de protocolización, no de mera legalización de firmas que es una práctica en el ámbito peruano, en tanto la protocolización constituye seguir causas de intangibilidad y matricidad notarial, ya no ostenta mera naturaleza privada, sino pasa a ser un documento público.

²⁰⁰ “Artículo 1.923

Los instrumentos privados no pueden registrarse, si la firma de los contratantes, o la de aquel contra quien obran, no han sido autenticadas o comprobadas judicialmente. Las sentencias y los actos ejecutados en país extranjero deben legalizarse debidamente”

(iii) Código Civil Paraguayo (1985).

El Código Civil de la Nación Paraguaya²⁰¹, promulgada el 18/12/1985, vigente desde el 23 de la misma fecha y año, adopta un sistema consensualista respecto a la transferencia inmobiliaria.

Con absoluta firmeza, recoge en su Artículo 716²⁰², el denominado contrato con efectos reales, por el cual, los contratos con vocación traslativa o de extinción de derechos reales sobre bienes configuran la mutación real desde la manifestación de voluntad expresada con ese propósito, siempre que la cosa esté determinada, además, pertenezca al enajenante. El mismo dispositivo, mantiene una de las características esenciales del sistema consensual, esto es, que el efecto traslativo consensual es sólo entre las partes, en buena medida, deja expresamente establecido aquella limitación, de lo que se infiere que la transferencia por el mero consenso, no surte efecto contra los terceros, no podría ser de otro modo, dado que es un postulado mayoritario es que el contrato tiene sólo efectos entre los celebrantes y sus herederos.

La fortaleza de este código es que como garantía de seguridad al tráfico inmobiliario establece que el acuerdo de enajenación debe efectuarse a través de escritura pública, En esa orientación, el Artículo 700²⁰³ contiene como un imperativo la formalidad de la escritura pública que deben seguir los contratos cuyo objeto sea la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrables.

Con ello, el sistema de transferencia es, de lejos, superior al sistema peruano, en cuanto la transferencia inmobiliaria en ésta última puede operar inclusive por mero acuerdo verbal. Si bien el código civil paraguayo, no establece sanción de nulidad al acuerdo de transferencia que no observe la formalidad de la escritura pública, pero establece

²⁰¹ Congreso de la Nación Paraguaya (18/12/1985). Código Civil. Ley N° 1183. BACN (16/07/2017). /Recuperado de <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil> (07/01/2020) y de *Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional*. https://iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_paraguay.pdf (07/01/2021)

²⁰² “Art. 716.- Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente”

²⁰³ “Art. 700.- Deberán ser hechos en escritura pública:
a) los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados.
(...)”

una importante restricción en los efectos en cuanto sin ella, la transferencia de la propiedad aún no habrá operado, toda vez que establece en el Artículo 701²⁰⁴ que el contrato aún no se considerará concluido, valdrán, mas bien, sólo para que los celebrantes puedan exigirse mutuamente la obligación de hacer, esto es, el otorgamiento de escritura pública. Desde luego, entonces, la transferencia inmobiliaria por traspaso o acuerdo enajenatorio, queda subordinada o condicionada a que sea otorgada mediante escritura pública suscrita por las partes o con intervención judicial.

El carácter consensual de la transferencia además se ve ratificada por la definición que el Artículo 737²⁰⁵ que formula respecto a la compraventa, pues le atribuye una definición con efecto traslativo en la medida en que su objeto es “la transferencia de propiedad” por parte del vendedor a cambio de un precio expresado en suma monetaria a cargo del comprador. Así el ordenamiento jurídico civil paraguayo, no deja duda respecto a que el consentimiento legítimamente manifestado por el comprador y vendedor supone propiamente la transferencia del derecho de propiedad.

Del mismo modo, en su Artículo 799²⁰⁶, también otorga aptitud traslativa al contrato de permuta en cuanto enfatiza que es un contrato por el cual los permutantes se transfieren recíprocamente el derecho de propiedad de bienes, es consensual, porque la transferencia es directa, no está condicionada por ejemplo a la tradición recíproca o a algún hecho jurídico adicional al propio contrato.

La donación también está imbuida de efectos reales de conformidad con su Artículo 1202²⁰⁷, que establece como su esencia la de transferencia gratuita del derecho de propiedad a favor de otro quien lo acepta; empero, precisa de comentario adicional que en el caso de donación de bienes inmuebles es requisito de validez bajo sanción de nulidad que sea mediante escritura pública, en ese sentido reza el Artículo 1213^o

²⁰⁴ “Artículo 701. Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, **no quedarán concluidos como tales**, mientras no estuviere firmado aquella escritura. **Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad**. Estos actos, como aquellos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer”.

²⁰⁵ “Art.737. La compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial, por un precio en dinero que debe pagar el comprador”.

²⁰⁶ “Art.799.- Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial”

²⁰⁷ “Art.1202. Habrá donación cuando una persona por acto entre vivos, transfiere gratuitamente el dominio de una cosa, o un derecho patrimonial, a favor de otra, que lo acepta.”

“*Deben ser otorgadas por escritura pública, bajo pena de nulidad: a) las donaciones de inmuebles...*”, lo que significa que en éste contrato, a diferencia de los contratos de compraventa, permuta y otros contratos traslativos de la propiedad, si el donante no ha otorgado escritura pública, el donatario no puede compelerle judicialmente en virtud al sólo instrumento privado a que le otorgue escritura pública.

Pero para despejar cualquier duda, es en el Artículo 1968²⁰⁸, que respecto a bienes inmuebles se instauró el sistema consensual, al establecerse que la trasmisión del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles se produce por contrato; sin embargo, no se debe perder de vista que aquella transferencia opera sólo entre las partes, en esto se mantiene en el estándar de los códigos consensualistas, porque, agrega tal artículo que la eficacia de la transferencia respecto a terceros está condicionada a la toma de razón en el registro inmobiliario. Esta disposición es reiterada en el Art. 288 del Título IX, Dirección General de los Registros Públicos del Código de Organización Judicial, el cual también establece que los negocios jurídicos referidos a inmuebles tendrán efectos contra terceros a partir de la extensión de la inscripción registral; además, agrega una fórmula muy llamativa que reestructura o por lo menos pone en duda la fórmula consensual en la transferencia, ya que establece que cuando los inmuebles son inhabitados la inscripción es una suerte de *traditio* (Ley N° 879/81, p. 110)²⁰⁹. Entonces respecto a los inmuebles inhabitados la regla no sería el consenso sino la *traditio* pero no a través de la entrega posesoria, sino a través de la inscripción registral.

La incorporación de una fórmula de eficacia restringida de la transferencia por el mero contrato, es una situación muy loable en el Código Paraguayo, porque como venimos reiterando, constituye una garantía de seguridad para evitar lamentables vaivenes jurisprudenciales que sucede en el caso peruano, que entienden como absoluta a la transferencia por el mero consenso, es decir, a la que se celebra en la clandestinidad

²⁰⁸ “Art.1968.- La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos de dominio **están sujetos a la toma de razón en el Registro de Inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros**”.

²⁰⁹ “Art. 288. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos a que se refiere el presente Código, sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro. La inscripción en el Registro, de títulos de transmisión de propiedad de inmuebles inhabitados, importa su tradición a los efectos de la adquisición del dominio” (Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 1997, Ley N° 879/81)

con efectos universales, sin considerar que los contratos sin publicidad, las que se celebran en la informalidad configuran inminentes fraudes.

(iv) Código Civil de Guatemala (1963)

El Código Civil guatemalteco, promulgado mediante el Decreto Ley N° 106 – 1963²¹⁰, es, desde la perspectiva que se asume en esta investigación, uno de los Códigos con mayor precariedad, carencias y vacíos, por ejemplo, no tienen una teoría general del negocio jurídico o acto jurídico, no hay normas que regulen, en general, formalidades que deben seguir ciertos negocios jurídicos o la libertad de forma.

Otra de las razones por las que se asume la visión de un código precario, es que aquél, no tiene una norma específica que establezca cómo se transfiere la propiedad, o por el consentimiento o por algún modo especial. Para determinar, resulta más que necesaria una esforzada inferencia desde los negocios jurídicos enajenatorios más representativas que puede ser la menos acertada.

El artículo 1790²¹¹, define a la compraventa como un negocio jurídico cuya esencia es que el vendedor transfiere el derecho de propiedad de una cosa, además, entregarla, a cambio de un precio dinerario que es obligación principal del comprador. La compraventa, además, alcanza la perfección respecto a las partes, desde el instante en el que los celebrantes, arriban al acuerdo en la cosa a transferirse y el precio de ella, sin estar condicionada, ni a la entrega de la cosa enajenada, ni del precio acordado (Artículo 1791²¹²).

²¹⁰ Sigüenza, Gustavo (2010). *Código Civil - Decreto Ley N° 106*. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. Localizado en: <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/codigo.pdf> (08/01/2021) El Código Civil, también se puede ubicar en: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4119/gua-cod-civil-2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (08/01/2021).

²¹¹ “Artículo 1790. Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero” (Sigüenza, 2010, p. 297).

²¹² “Artículo 1791. El contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. (...)” (Ibídem)

El otro contrato representativo, la permuta, acorde con la definición del Art. 1852²¹³, es una transmisión de propiedad recíproca de la propiedad de cosas por parte de los contratantes, la particularidad que añade el artículo es que realiza una simbiosis con la compraventa pues cada permutante es considerado vendedor y comprador, mientras que cada cosa permutada es precio de la otra.

Los artículos antes referidos no requieren de mayor explicación, toda vez que queda claro que los contratos de compraventa y el de permuta significan la transferencia de la propiedad propiamente (mas no sólo obligación de transferencia) sin requerir mecanismo o acto adicional alguno, por lo que no cabe duda que se está frente a un sistema consensualista, más si le añadimos el Art. 1855²¹⁴, que regula la donación como un contrato cuyo objeto es la transferencia de una cosa a título gratuito, en resumen, es un contrato que también ostenta efectos reales, con la condición que cuando se refiera a inmuebles, “...*debe otorgarse y aceptarse mediante escritura pública*” (Artículo 1862).

Hasta aquí, parece que hemos explicado una cuestión evidente, que aquellos contratos sin duda significan transferencia de propiedad, pero conforme a la tipología de los sistemas de transferencia ampliamente desarrollados, en general, la mera celebración no genera transferencia directa, sino más bien, se requiere de hechos adicionales como la traditio o la inscripción registral. Desde esta consideración, la explicación de la transferencia directa que generan tales contratos, acorde con el código civil guatemalteco, permite inferir que es un código adscrito al sistema consensualista, de los más puros.

El código del cual nos estamos ocupando deja ciertas dudas respecto a si los contratos de enajenación de inmuebles deben seguir alguna formalidad específica, pues, si bien el Artículo 1576, manda a que “...*los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública*”; sin embargo, en cuanto no establece expresamente que su inobservancia constituye

²¹³ “Artículo 1852. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes transmite la propiedad de una cosa a cambio de la propiedad de otra. Cada permutante es vendedor de la cosa que da y comprador de la que recibe en cambio; y cada una de las cosas es precio de la otra. Este contrato se rige por los mismos principios del contrato de compraventa, en lo que fueren aplicables.”

²¹⁴ “Artículo 1855. La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito”.

alguna causal de nulidad que no podemos asegurar que se trate de una formalidad *ad solemnitatem*, más bien, como se ha mostrado ya, la transferencia operará por el consentimiento legítimamente manifestado, mientras que únicamente la inscripción registral servirá para otorgar oponibilidad universal al derecho ya previamente adquirido. Quizás el Artículo 1129°, aclare un poco el panorama, cuando instaura una prohibición por el cual “...*en ningún tribunal ni oficina pública se admitirán escrituras ni documentos sujetos a inscripción, que no hubieren sido razonados por el registrador*”. Es decir, el adquirente, por compraventa, de un inmueble inscrito, que no ha inscrito (toma de razón constituye el acto de calificación y concluye con la inscripción) su documento de compraventa, no podrá probar la existencia de su contrato, tampoco podrá probar el derecho de propiedad que ha adquirido.

Tal prohibición, sin embargo, fue pulverizada a través de un control convencional difuso realizado por la Suprema Corte de aquella nación, pues consideró que la ausencia de inscripción registral inscripción no suprime la existencia (se entiende extraregistral) del derecho propiedad adquirida mediante escritura pública que ostenta carácter constitucional y a pesar de no estar inscrita es oponible a terceros, en consonancia, la no admisión del medio probatorio presentado, constituye una vulneración del derecho a probar y el acceso a un recurso sencillo establecida en Art. 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Amparo 464-2001 19/07/2002, citado por Sigüenza, *Ibíd.* p. 195).

El código también recoge la fórmula *prius in tempore, potius in iure* conjugada con la inscripción registral, para la resolución de casos en la múltiple venta de un mismo inmueble, que genera la disputa por una pluralidad de compradores, privilegiando al acreedor que tenga el derecho inscrito, en su defecto, al que tiene hecha la venta a su favor con fecha más antigua (Art. 1808²¹⁵).

Si bien el Código Civil en comentario recoge el sistema consensual y sin ninguna formalidad, aún es dable sostener que al igual que todos los sistemas consensualistas, considera a la transferencia sin publicidad registral como una transferencia con eficacia restringida a las partes sin posibilidad de extensión respecto a los terceros. El

²¹⁵ “Artículo 1808. Si la cosa vendida fuere inmueble o derecho real sobre inmuebles, prevalecerá la venta que primero se haya inscrito en el Registro, y si ninguna lo ha sido, será válida la venta anterior en fecha”.

Artículo 1148, es bastante elocuente al respecto, en cuanto “únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el Registro”, limitación que fue consolidada por la propia Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Casación 88-2000 de fecha 14/11/2000, manifestando que:

(...) a) El artículo 1791 establece que el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y en el precio, aunque ni uno ni otro se haya entregado. Esta norma es de carácter general, pero el caso que ocupa la atención de la Cámara se refiere a la compraventa de bienes inmuebles, que para su perfección, además, se tienen que llenar otros requisitos. El artículo 1125 del Código Civil, en su inciso 1. (Sic.) Dice: "En el Registro se inscribirán: 1. Los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos..."; y el artículo 1576 del mismo cuerpo legal, estipula que, los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Como se puede apreciar la celebración del mencionado contrato deberá estar investida de ciertos formalismos para que tenga validez. Para concluir el artículo 1148 del Código Civil establece claramente que únicamente perjudicará (Sic) a tercero lo que aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad, norma que aparece citada en el apartado de leyes aplicables de la sentencia recurrida. En consecuencia la Sala está en lo correcto cuando afirma: "...por cuanto que mientras en el Registro de la Propiedad no aparezca la nueva inscripción del dominio sobre uno o más bienes inmuebles a nombre de una o más personas, la que aparezca como titular se reputa como la propietaria y la que tiene inscrito el dominio sobre determinado bien inmueble o mueble, en su caso, es pues, en este Registro en donde deben inscribir los títulos que acreditan el dominio de los inmuebles y los derechos reales impuestos sobre los mismos (...). (Sigüenza, *Ibíd.* p. 297).

La referida jurisprudencia resalta la ausencia de eficacia respecto a terceros del derecho adquirido que aún no está inscrito; aunado a ello, lo que se puede hacer notar es que el sistema de transferencia inmobiliario guatemalteco, en caso de conflicto de adquirentes, la resolución es estrictamente objetiva, pues no precisa verificar la buena fe como elemento de definición de la prevalencia, situación contraria sucede en las otras legislaciones ya estudiadas, donde la buena fe es una condición inexorable para otorgar la prevalencia.

(v) Código Civil de la República Dominicana (1884)

Este país, en el año de 1884, mediante el Decreto N° 2213, emitió el Código Napoleónico de 1804 en su más absoluta literalidad y auténtica traducción al español, aunque la versión original en francés ya había sido promulgada en el año 1804 (Novoa, 2018). Ese contexto desde luego nos releva de cualquier explicación sobre la adopción del sistema consensual en la transferencia de propiedad inmobiliaria.

Está pues ahí presente el conocidísimo Art. 1138°, que establece la perfección de la traditio por el mero consentimiento de los contratantes, también el Art. 711° que establece a “los “efectos de obligaciones” y “donación entre vivos” como causa directa y suficiente de la transferencia de propiedad, así como la naturaleza traslativa directa y suficiente de la compraventa alcanzada por el mero consenso en el precio y cosa que el *Code* estableció en el Art. 1583° (Wipo, 2007, pp. 217 y 293)²¹⁶.

Desde el año 1997 en el que se emitió el Decreto 104-97, se ha intentado reformar el Código napoleónico importado a la república dominicana, pues ya no responde a los tiempos contemporáneos ni puede ya satisfacer los requerimientos de la sociedad dominicana a pesar de las diversas modificaciones parcialmente efectuados a lo largo de su centenaria vigencia (Novoa, 2018). La reforma del Código Civil de aquel país centroamericano puede darse a través de varias alternativas, una de ellas por reforma integral y plena, cuya desventaja es su lentitud, o través de leyes especiales que modifiquen aspectos específicos, que a pesar de la ventaja de la rapidez también acarrea la posibilidad de generar incongruencias (Dietrich y Roldán, 2019, p. 12 y 13).

En el Senado de la República Dominicana desde el 2016 se encuentra pendiente de aprobación el proyecto de reforma al tan añoso Código Civil. Éste proyecto próximo a su aprobación, en esencia mantiene el sistema consensual, a partir de la definición que formula sobre la compraventa en el artículo 1833²¹⁷, como aquél contrato de transferencia de propiedad de la cosa por un precio, especialmente porque la venta de

²¹⁶ El código fue objeto de importantes y reiteradas modificaciones, pero en su esencia se mantiene, tanto más, el sistema de transferencia no ha sido alterado. La versión más actualizada se puede hallar en: Código Civil de la República Dominicana (01/10/2021). *AbogaDom*. Disponible en: <http://abogadom.net/download/codigo-civil-de-la-republica-dominicana/> (09/01/2021) y la versión anterior: Código Civil de la República Dominicana (agosto 2007). *Wipo* <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do055es.pdf> (09/01/2021)

²¹⁷ “Artículo 1833.- Definición de la venta. La venta es un contrato por el cual la propiedad de una cosa se transfiere del vendedor al comprador como contrapartida del pago de un precio. El vendedor se compromete a entregar la cosa y el comprador a pagarla”.

todos los bienes en general, incluido los inmuebles, no requiere observar alguna formalidad específica inclusive puede celebrarse verbalmente (Art. 1834²¹⁸), tanto más si, la venta es perfecta y transfiere la propiedad desde el momento en que las partes alcanzan acuerdo sobre precio y cosa, previo al pago y la entrega inclusive (Art. 1835²¹⁹). La permuta prevista en el Art. 1944²²⁰ sigue también la misma línea de autosuficiencia consensual para la transmisión inmobiliaria. La donación entre vivos genera una transmisión directa del derecho de propiedad, con la salvedad que éste contrato debe seguir la formalidad de protocolización notarial, so pena de nulidad y la inobservancia a dicha formalidad deja sin posibilidad de subsanación al acto jurídico (según los Art. 1046²²¹ y 1516²²²).

La transferencia por el mero consenso entre los celebrantes de un contrato se repite en el Art. 1275²²³ del proyecto. La novedad en el proyecto de reforma es la incorporación de la fórmula de solución a la múltiple y sucesiva venta inmobiliaria a una pluralidad incompatible de compradores, en el Art. 1278²²⁴, que recogerá el famoso principio de prioridad en el tiempo de la inscripción con la salvedad que quien actúa de mala fe no puede ser auxiliada por aquél, sino que más bien quedará excluida.

Por lo demás, la definición de compraventa es lo mismo al que es materia de reforma conforme se lee en el Art. 1833, también se repetiría la libertad absoluta de forma en

²¹⁸ “Artículo 1834.- Formas de convenir la venta. Salvo disposición legal particular, la venta puede concluirse a opción de las partes: por escritura pública, por documento privado o incluso verbalmente”.

²¹⁹ “Artículo 1835.- Formalización de la venta. La venta es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene en la cosa y el precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el precio pagado. Las partes pueden convenir aplazar la transferencia de la propiedad hasta la entrega de la cosa o hasta el pago del precio u otro momento de su preferencia”.

²²⁰ “Artículo 1944.- Requisito para cambio o permuta. Se efectúa el cambio o permuta por el solo consentimiento, de la misma manera que la venta.”

²²¹ “Artículo 1046.- Forma de los actos de donación entre vivos. Todo acto que contenga donación entre vivos se hará ante notario, en la forma ordinaria de los contratos, protocolizándose, bajo pena de nulidad”.

²²² “Artículo 1516.- Imposibilidad de reparar los vicios de la donación entre vivos. El donante no puede reparar, por ningún acto confirmativo, los vicios que tenga una donación ínter vivos; si es nula en la forma, es preciso que se rehaga en la forma legal”.

²²³ “Artículo 1275.- Transferencia de propiedad. La transferencia de propiedad se opera a partir del intercambio de los consentimientos de las partes contratantes, aunque la entrega no haya tenido lugar, salvo que la ley o la convención disponga otra cosa”.

²²⁴ “Artículo 1278.- Transferencia de la propiedad a dos personas. Cuando se transfiere la propiedad de la misma cosa a dos personas sucesivamente, (...) Si se trata de un inmueble, el conflicto se regula según el orden de las publicaciones de los registros de propiedad del inmueble y a reserva de la mala fe del que registró su título primero”.

dichos contratos (Art. 1834) y la perfección de la transferencia desde el momento del consenso sobre el precio y la cosa (Art. 1835). En buena medida, la aprobación del proyecto, no alterará el sistema de transferencia inmobiliaria que seguirá siendo consensual.

Es importante anotar que, dadas las influencias de los inversionistas estadounidenses quienes buscaban seguridad jurídica inmobiliaria para sus infraestructuras industriales, desde 1920 esta nación adoptó el Sistema Torrens, que finalmente será consolidada mediante la Ley N° 1542²²⁵ de Registro de Tierras (11 de octubre de 1947), que complementa al sistema consensual de transferencia a través de la inscripción registral con efectos de inoponibilidad pues en su Art. 185 establece que respecto a los bienes inmuebles inmatriculados cualquier acto voluntario o forzoso surtirá efectos solamente desde su inscripción en la oficina registral, así, en específico, están sujetos a la formalidad del registro y son oponibles a terceros recién desde su inscripción todo acto convencional de enajenación, cesión o cualquier mecanismo de transferencia de los derechos registrados, conforme se desprende de su Art. 186°, Inciso a).

4.2.2. Los códigos que adoptan el título y modo romano.

En el presente grupo denominado del sistema de transferencia del título y modo auténtico, hemos agrupado a aquellos códigos que recogen la vieja *traditio* romana, con sus características auténticas, esto es, sin alteración alguna adoptando esencialmente el modo como una entrega real, como la puesta efectiva en posesión del bien a favor del adquirente, como lo fue en el derecho romano.

(vi) Código Civil Argentino (1871).

El comúnmente denominado como Código de Sarsfield, en alusión a su autor, fue uno de los códigos más excelsos de Latinoamérica, sancionada mediante la Ley N° 340²²⁶,

²²⁵ Congreso Nacional de la República Dominicana (julio, 01 de 1920). *Ley N° 1542 de Registro de Tierras*. O.E. No.511, Poder Judicial-Registro Inmobiliario, recuperado de https://ri.gob.do/wp-content/uploads/Marco_Legal/Leyes/Ley_1542.pdf (10/09/2021)

²²⁶ La nota explicativa de su adopción puede cfr.: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (1869, 29 de setiembre). *Ley 340. Código Civil*. InfoLEG, Ministerio de Justicia y

el 29 de setiembre de 1869, entró en vigencia el 01 de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015 (Infoleg.gob.ar). Se cita a pesar de estar derogada, dada su larga vigencia e influencia en Latinoamérica, pues un siglo y medio es testimonio elocuente de su alta significancia en el fenómeno codificador de esta zona del continente.

Sarfield fue uno de los más grandes romanistas. Qué duda cabe entonces que en el código de su entera autoría recogió el sistema de transferencia del título y modo. El modo está expresado en la *traditio* auténtica. Además de hacer referencia a la *traditio traslativa*, en una clara proscripción del sistema de transferencia consensual o espiritualista, señalaba en su artículo 577°, que “*Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real*”. Significa que, en un contrato, por ejemplo, de compraventa, evidentemente el acreedor respecto a la cosa es el comprador, quien por imperativo del mencionado artículo, no adquiere el derecho de propiedad, vale decir, la compraventa carece de aptitud traslativa, su efecto está restringida a generar una mera relación obligatoria.

La indudable adopción del sistema del título y modo auténtico, es apreciable de la lectura de su Artículo 2524°, que dentro de las modalidades derivativas, expresa que “*el dominio se adquiere: ...4.- Por la tradición...*”; por su parte el Artículo 2378° exigía una verdadera tradición, esto es, como entrega de la posesión, estableciendo que la mera declaración de los contratantes no importa la entrega, en esa línea prescribe “*...La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no sufre las formas legales*”; dicha fórmula legal era complementada por el Artículo 2379, según el cual “*La posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega*”. En otros términos, queda descartada cualquier posibilidad de una tradición espiritual o sólo a través de una declaración de ella en un instrumento. La exigencia de la tradición verdadera o auténtica es consonante con la función que ésta cumple respecto a la transferencia de la propiedad.

Derechos Humanos: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_sancionley340.htm (10/01/2021). E InfoLEG (s.f.). *Código Civil De La Nación Índice Temático*: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> (10/01/2021)

Como un fundamento más específico, encontramos que el Artículo 2609°, disponía el momento en que el enajenante deja de ostentar el derecho de propiedad, pues precisa *“Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición”*; de acuerdo con el texto normativo, un contrato cualquiera de enajenación de bienes inmuebles, por ejemplo la compraventa, al vendedor no le hace perder todavía el derecho de propiedad que ostenta aún en la hipótesis que el contrato celebrado esté extendido en un instrumento público, pues para que pierda el dominio es preciso que a la celebración del contrato de compraventa por instrumento público le siga la entrega del inmueble, con el añadido que la entrega debe traducirse en actos materiales, momento en el que recién se traslada el derecho del vendedor en beneficio del comprador, habida cuenta que de acuerdo con el Artículo 3265° *“Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición (...)”*.

El código en comentario, en armonía con su sistema de transferencia, también recogía el sistema denominado de concurrencia de acreedores, privilegiando otra vez a la tradición pues como se lee en el Artículo 594°, *“Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor...”*; es decir, el que tiene preferencia sobre el inmueble es a quien se le haya efectuado la entrega, más el acreedor que carezca de la tradición, tendrá derecho a exigir un bien equivalente, dicha solución está ensayada en el Artículo 595° *“Si la tradición se hubiere hecho a persona de buena fe, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor otra cosa equivalente, y todos los perjuicios e intereses”*; sólo en el caso que aún no se ha efectuado la tradición a ninguno de los diversos acreedores, tiene preferencia el acreedor cuyo contrato es de fecha cierta anterior, es lo que sugiere el Artículo 596° *“Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior”*.

Resulta relevante añadir que el código argentino no se limita a instaurar la dualidad de fenómenos como presupuestos concurrentes ordenados para que opere la transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, más bien, llega a un nivel de seguridad loable porque exige la formalidad de la escritura pública para todo contrato que tuviese por objeto la trasmisión de bienes inmuebles, en esa orientación el Artículo 1184°, formula que *“Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1.- Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; (...) 8 - Las transacciones sobre bienes inmuebles”*.

Si se exige la formalidad de la Escritura Pública, cabe entonces la interrogante, ¿puede un contrato enajenatorio que no observa dicha formalidad transferir el derecho de propiedad? En definitiva la respuesta es negativa, por cuanto, primero no generará exigencia de tradición, además, porque, si bien, al igual que en el Código Civil Paraguayo, no establece sanción de nulidad al acuerdo de transferencia que no observe la formalidad de la escritura pública, empero, el contrato aún no se considerará concluido, y tendrá efectos restringidos únicamente a hacer obligatorio el otorgamiento de escritura pública, ese es el imperativo contemplado en el Artículo 1185° *“Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”* (énfasis nuestro). Medianete el Artículo 1185.B se incorporó la figura de los boletos de compraventa con vocación hacia el otorgamiento de escritura pública, si el comprador haya abonado el 25% del precio acordado, mientras tanto, este instrumento llamado boleto de venta carecía de efectos traslaticios directos, más constituía un elemento que cubría con el halo de la buena fe a la posesión inmobiliaria, según se apreciaba del segundo párrafo del Art. 2355.

Para completar el esquema de la adopción del sistema de transferencia del título y modo, el artículo 1323°, instauró que *“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla*

y a pagar por ella un precio cierto en dinero”, la misma orientación tenía el Artículo 1485°, sobre la permuta, pues incidía en que “*El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa*”. Es notorio que resaltaba el efecto puramente obligatorio de ambos contratos, alejándose absolutamente de la orientación consensualista.

Como corolario de la adopción del sistema de transferencia adoptado en el Código objeto del presente análisis, tenemos entonces que ni la compraventa ni cualquier convención enajenatoria referida a bienes inmuebles transfiere la propiedad, al menos no de manera directa, sino que es preciso que ella esté elevado a escritura pública, como consecuencia de ello, el enajenante debe efectuar una tradición material del bien enajenado, una vez completado ambos actos (compraventa mediante escritura pública + tradición traducida en actos materiales) recién opera la transferencia del derecho de propiedad, esto también supone que si la tradición no está fundada en un previo contrato enajenatorio, tampoco tiene capacidad de transferir el dominio, sino sólo la posesión, es lo que los romanos denominaron la *nuda traditio*, mientras que si el contrato enajenatorio no es seguida por la tradición, tampoco habrá transferido la propiedad, si no, sólo el derecho a favor del acreedor de exigir que se le haga la tradición.

A diferencia de los sistemas consensualistas el sistema de transferencia argentino que fuera instaurado en el código de Sarsfield otorga seguridad jurídica cualificada, toda vez que, pese a la exigencia de pasos bien rigurosos para la transferencia de la propiedad sobre inmuebles, como son, el contrato que conste en escritura pública y la seguida tradición, la propiedad adquirida tiene efectos únicamente para las partes, siendo que para la oponibilidad universal o eficacia frente a terceros del derecho adquirido, resulta inexorable que, además, se efectúe la inscripción registral del título de adquisición (compraventa); esa es la regla que el Artículo 2505° ha instaurado al enunciar que “*La adquisición o **transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda***”; en el segundo párrafo del mencionado artículo, además, está agregado que “*Esas adquisiciones o transmisiones **no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas***”; en buena

cuenta, sobre el sistema argentino, podemos sostener que, su autor, preocupado por la seguridad de la transferencia inmobiliaria instauró el sistema del título y modo, complementado con un sistema registral de oponibilidad o eficacia universal o contra los terceros, que al final configura un sistema registral declarativo y causalista.

Como síntesis interpretativa sincrética de todas las normas involucradas en la regulación de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, asumimos que el complejo *iter* trasmisivo era el siguiente:

- (a) La existencia del título, que consistía en un contrato de compraventa, donación, permuta o cualquier convención enajenatoria, por el cual exista la obligación de transferencia de la propiedad;
- (b) El contrato enajenatorio (título) consta en escritura pública;
- (c) El enajenante efectúa la tradición que sea consecuencia de esa compraventa, vale decir, la tradición está precedida de una causa válida;
- (d) La tradición debe estar traducida en actos materiales del *tradens* o *accipiens*, con asentimiento de uno u otro de los referidos; allí ya habrá operado la transferencia a favor del adquirente, pero sólo frente al enajenante.
- (e) Para el perfeccionamiento cabal de esa propiedad, para que alcance efecto erga omnes, resulta preciso que el título (contrato de enajenación) sea inscrito en el registro inmobiliario.

La superioridad de las exigencias del sistema argentino frente al consensual resulta bastante notoria, la que al final redundará en una mayor intensidad en la cualificación de la seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

(vii) Código Civil Uruguayo (1869, adecuada en 1995).

La versión primigenia y auténtica del magnífico Código Civil de ésta república fue obra del jurista Tristan Narvaja, puesta a consideración de una comisión revisora en

entre los años 1866 y 1868 y en vigencia desde el año 1869²²⁷. Después de más de un siglo de su vigencia, allá por el año 1986, después de tantas modificaciones y cambios sociales, se designó una comisión que lo adecuara a los tiempos contemporáneos, aprobándose el 21 de noviembre de 1995 mediante la Ley N° 16.603 el texto oficial actualizado del Código Civil (IMPO, pp. 2 y 4).

La versión más actualizada²²⁸ del código mantiene con la más absoluta fidelidad la redacción primigenia de todas las disposiciones relacionadas a la transferencia inmobiliaria. Aquél decimonónico cuerpo jurídico inicia realizando una magistral regulación, pues en su artículo 705²²⁹, además de establecer esa clásica fórmula que todo código afiliado al sistema del título y modo consigna, esto es, a la tradición como una de las diversas formas adquirir el derecho de propiedad hermanada a las formas originarias, lo que establece explícitamente es que aquellos son modos de adquirir el dominio, siendo lo más importante el énfasis que dirige a que sin la concurrencia del modo, es decir, sólo los títulos de adquisición no producen *ius in re*, sino, “*sólo producen efecto personal, esto es, derecho a la cosa, ad rem*”,

Del enunciado normativo, resulta interesante la aclaración respecto a que los títulos de adquirir (cualquier contrato de enajenación de bienes) producen sólo una relación jurídica personal o relativa, un *jus ad rem*. Si se considera que el derecho a la cosa (*ius ad rem*) tiene la situación contrapuesta que es el derecho sobre la cosa (*ius in re*) el cual históricamente sirve para referirse a los derechos que se lograban con la posesión definitiva, vale decir, los derechos reales; consecuentemente, los títulos de adquisición (contratos de enajenación) carecen de aptitud para otorgar el *ius in re*, derechos sobre la cosa, acciones reales, en suma, los títulos de adquisición no generan derechos reales.

²²⁷ Es imprescindible la revisión de la versión auténtica: República Oriental del Uruguay (1894). *Código Civil*. Montevideo. Barreiro y Ramos (ed.). Localizado en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/13/849/edicion-oficial_codigo-civil-republica-oriental-uruguay_1894.1.pdf (12/01/2021)

²²⁸ IMPO (s.f.). *Código Civil, Ley N° 16603*. Centro de Información Oficial. Normativa y Avisos Legales del Uruguay. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994> (12/01/2021)

²²⁹ “LIBRO TERCERO.

De los modos de adquirir el dominio

Artículo 705. **Los modos** de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, **la tradición**, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Los títulos de adquirir sólo producen efecto personal, esto es, derecho a la cosa, ***ad rem***”.

Hay una congruente secuencia entre el binomio modo-*ius in re* implícito en el dispositivo antes citado y el contenido en el Art. 758²³⁰ que consagra la definición romana de la *traditio* dominical como aquella entrega posesoria de una cosa acompañada del *animus transferendi*. Glosamos que éste código no sólo refiere que la tradición es requisito inexorable para que opere la transferencia de propiedad, sino también que la tradición traslativa o dominical supone la transferencia de la posesión, por ello, está descartada la posibilidad de la tradición sólo por declaración instrumentada de los contratantes.

El Código uruguayo, otorga una situación privilegiada a la *traditio* real que se realiza físicamente, es decir, mediando la toma corporal de la cosa por el adquirente, conforme está señalada en el artículo 760²³¹; además, la tradición, en éste código ha merecido la más detallada regulación como en ninguno otro, pues si el objeto de la *traditio* es un inmueble, hay ciertas reglas específicas y precisas, como el arribo a tomar la posesión si se trata de un fundo, mientras que si es una edificación, precisa de la desocupación efectiva por parte del *tradens* consistente en la extracción de sus bienes muebles y la tolerancia de la introducción por el accipiens de los suyos (Art. 761²³²). En consecuencia, la tradición traslativa sustentada en un título de adquisición, debe consistir en permitirle al adquirente, tomar posesión efectiva del inmueble. En esta legislación el elemento corporal es el rector de la tradición.

Se verifica también un acopio completo de las definiciones romanas de las diversas formas de *traditio ficta* o simbólica, comenzando por aclarar en su Art. 763, que los elementos representativos de la posesión que fingen la *traditio* hacen posible la toma

²³⁰ “TITULO III - DE LA TRADICION

Artículo 758

La tradición o entrega, es la transferencia que hace una persona a otra, de la **posesión** de una cosa, con **facultad y ánimo de transferirle el dominio** de ella. (Artículos 1252, 1335, 1337 y 1680).”

²³¹ “SECCION I - DE LA TRADICION REAL

Artículo 760.

La tradición real es la que se verifica por la **aprehensión corporal** de la cosa, hecha por el adquirente u otro en su nombre”.

²³² “Artículo 761

Si se trata de un **fundo**, la tradición se verifica cuando el adquirente **se transporta a él** por sí mismo o por otro que le represente, para **tomar la posesión**, consintiéndolo el tradente.

Cuando el inmueble que se ha de entregar es un **edificio**, se entiende verificada la tradición desde que el tradente **saca sus muebles** y permite que **el adquirente introduzca los suyos**.

Si la cosa objeto de la entrega es mueble, se verifica la tradición **poniendo la cosa en manos** del adquirente o de quien lo represente”.

de la posesión. Así en el Art. 764²³³, se halla un elenco de tradiciones simbólicas como: (1) la entrega de la llave donde están almacenados los muebles, (2) en caso de una finca, la entrega de las llaves al *accipiens* por parte del *tradens* después de retirar sus muebles, (3) en caso de inmuebles, mediante la entrega de los títulos en cuanto esté despejado o listo para a ocupación por el *accipiens*.

Aún estando permitida la tradición ficta, en cualquier caso, ésta siempre está encaminado a la posibilidad de la posesión efectiva, esto es, con la permisión de la tradición ficta no ha suprimido uno de los aspectos centrales de la tradición real o traslaticia, esto es, que le otorgue efectividad a la transferencia, es por ello que, ambas normas ponen énfasis en que ya sea que la tradición ficta consista en la entrega de las llaves, o la entrega de los títulos, exige como condición que el bien esté habilitado para que el adquirente pueda tomar posesión de la misma, en suma, la tradición simbólica también exige que el inmueble esté desocupado, es notorio que el elemento configurador de la transferencia está enfatizada en alcanzarse efectividad dominical al adquirente. En buena cuenta, la tradición simbólica instituida en el código uruguayo, no importa su espiritualización, pues no hay ninguna pretensión de que la tradición se considere efectuada por la mera voluntad o el mero contrato como sí en el caso del consensualismo, como reiteramos, la orientación siempre es que el adquirente puede tomar posesión efectiva del bien objeto de transferencia, en suma, el sistema de transferencia inmobiliario uruguayo está instaurado bajo la égida de la posesión, en cambio en los sistemas consensualistas, la posesión no juega ningún rol.

Parece ser este el código que desarrolla en su mayor plenitud las concepciones romanas y medievales de la *traditio ficta*, pues recoge de manera detallada y en su más auténtico sentido, tanto la *traditio longa manu* o tradición por la vista, enseñando la cosa y consintiendo que al *accipiens* tome posesión de ella (Art. 765²³⁴), la *traditio brevi manu*

²³³ “Artículo 764

La tradición simbólica, puede tener lugar:

1°.- Por la entrega de las llaves del almacén donde se encuentran las cosas muebles que se han de entregar.

2°.- Por la entrega que el vendedor o donante de una finca haga de sus llaves al comprador o donatario, después de haber sacado sus muebles.

3°.- Por la entrega de los títulos de la cosa. Si ésta es un inmueble, el tradente debe, además, dejarlo expedito, para que tome posesión el adquirente”.

²³⁴ “Artículo 765

La tradición por la vista, es la que se hace mostrando la cosa que se quiere entregar y dando la facultad de tomar posesión de ella.

que es la tradición por giro en la cualidad del título del poseedor hacia el título dominical, por ejemplo de arrendatario a comprador (Art. 766²³⁵) y la traditio *constitutum possessorium* consistente en la retención de la posesión por en enajenante en razón a la declinación de su título dominical hacia un título meramente posesorio, por acuerdo con el *accipiens* en cuyo nombre ejercerá la posesión (Art. 767²³⁶)

Lo que constituye una gala de la plenitud del sistema de transferencia de éste código es el dispositivo contenido en el Artículo 769²³⁷, el cual regula los requisitos que la tradición debe reunir para que se adquiriera el dominio a través de ella:

- (a) Que la entrega lo efectúe el titular de la propiedad o su representante.
- (b) Que el *tradens* goce de capacidad para enajenar.
- (c) Que la entrega tenga como causa a un título con vocación de transferencia de la propiedad.
- (d) Que *tradens* y *accipiens* estén de acuerdo en la transferencia y adquisición de la cosa.
- (e) Que el *accipiens* haya pagado el precio.

Se requiere, en este caso, la presencia del tradente y del adquirente, por sí o por otros”.

²³⁵ “Artículo 766

Cuando el que ha de recibir la cosa que le ha sido vendida, cambiada o donada, la tiene ya en su poder por cualquier otro título no traslativo de dominio, el mero consentimiento de las partes importa tradición”.

²³⁶ “Artículo 767

Importa asimismo tradición ficta equivalente a la real:

1º.- La cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión a nombre del comprador o donatario.

2º.- La cláusula en que declara el donante que retiene para sí el usufructo de la cosa cuya propiedad dona.

3º.- La cláusula por la cual en un contrato de donación o de venta, el donante o vendedor toma en arrendamiento la cosa, del comprador o donatario.

Para que estas cláusulas surtan efecto de tradición real, se necesita que resulten de instrumento público”

²³⁷ “CAPITULO II –

De las calidades que se requieren para adquirir el dominio por la tradición y del efecto de la tradición. Artículo 769

Para que se adquiriera el dominio por la tradición, se requiere:

1º.- Que la tradición se haga por el dueño o por su representante.

2º.- Que el que hace la tradición o la consiente, sea capaz de enajenar.

3º.- Que la tradición se haga en virtud de título hábil para transferir el dominio.

4º.- Que haya consentimiento de partes.

En el contrato de venta, además de las cuatro circunstancias indicadas, se requiere que el comprador haya pagado el precio, dado fiador, prenda o hipoteca, u obtenido plazo para el pago.”

Todo lo esbozado hasta aquí aún no es suficiente para entender al código uruguayo en cuanto a transferencia de inmueble, porque ni es suficiente la *traditio*, ni aun que aquella sea efectuada de una manera orientada a la efectividad o materialidad de la posesión. Es que de conformidad con su Artículo 773° “*Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas*”. El cual, debe leerse en concordancia con el Artículo 1664²³⁸, porque es esta, la que respecto a los inmuebles señala esas solemnidades, no sólo para la compraventa, sino para todo acto que importe traspaso del derecho de propiedad inmobiliaria, comenzando por la imperatividad de escritura pública en que debe constar la causa traslativa o acto jurídico enajenatorio como la compraventa, donación, permuta, partición o cualquier causa traslativa, que inclusive esa formalidad no es suficiente, sino que se requiere la inscripción en el registro inmobiliario para que el título traslativo seguida de la *traditio* surta efectos.

El contrato enajenatorio referido a inmuebles se perfecciona mediante Escritura Pública, ello no es suficiente aún, pues es preciso, que éste contrato luego sea inscrito, recién surtirá efecto, pero ¿Efecto en qué sentido?, ¿Efecto traslativo del derecho de propiedad? Nos atrevemos a sostener que la norma no se refiere al efecto traslativo, sino al efecto de “generar la relación obligatoria”, mientras que la transferencia de la propiedad opera precisamente recién con la ejecución de la prestación principal que es la tradición, toda vez que, en un sistema de título y modo el contrato no tiene aptitud traslativa, ello descansa en el modo, el asunto es que la inscripción registral, en ésta legislación no es considerada como modo, sino como la requisito de eficacia del contrato, más no como presupuesto directo de la transferencia. Para un mejor entendimiento es preciso referir que conforme a la interpretación conjunta de todas las normas de la transferencia, el sistema registral no es constitutivo respecto al derecho

²³⁸ “Artículo 1664

La compraventa queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio; salvas las excepciones siguientes:

1°.- La venta de bienes inmuebles, servidumbres, censos y la de una sucesión hereditaria no se consideran perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública.

Será, además, necesaria su inscripción en el Registro respectivo para que surta efecto.

Esta disposición relativa al Registro es también aplicable a las escrituras públicas de división de bienes raíces entre condueños o socios, de permuta y donaciones de toda clase de inmuebles, a las escrituras o instrumentos públicos de partición hereditaria, de cesión de derechos hereditarios y a toda escritura pública que importe traslación de dominio, a cualquier título que sea.”

de propiedad, sino es eminentemente declarativo, pues el derecho de propiedad no se constituye (no surge) con la inscripción registral, sino surge con la tradición; la inscripción registral es un imperativo, pero no para constituir el derecho de propiedad, sino para que la transferencia previamente realizada mediante la *traditio* tenga eficacia respecto a terceros.

No nos queda claro si en el código civil uruguayo, la inscripción registral es post tradición o esta es post inscripción, es decir, si la tradición es exigible y si debe o puede ser efectuado inmediatamente luego de celebrado el contrato por escritura pública, es decir antes de practicarse la inscripción registral de dicho contrato, o si la inscripción se practica ya para efectos de otorgarle oponibilidad erga omnes de un derecho de propiedad inter partes (relativa) ya adquirido por la tradición; o sin haberse efectuado la inscripción registral no podría exigirse la tradición. Parece ser que tal como sucede en el sistema español la *traditio* es previa a la inscripción registral, sin embargo, el Art. 17.1 de la Ley de Registros Públicos, Ley N° 16871²³⁹, hace referencia a que se inscriben instrumentos públicos en los que conste la mutación (transferencia o cualquier otra modificación) del derecho de propiedad, mas no se hace ninguna referencia a la *traditio*, dando la impresión que tradición e inscripción registral son temas independientes, que también es concordante con el Art. 87 de la misma Ley, según el cual aquellos instrumentos en virtud a los cuales se inscribe deben ostentar la calidad de título del derecho o su extinción. Una conclusión aproximativa sería que ni la inscripción es modo, ni la *traditio* es condición para la inscripción.

La dificultad para configurar la naturaleza de la relación *traditio* e inscripción registral todavía es más confusa y agravada, si observamos la figura de la concurrencia de acreedores que es regulada en el Artículo 1337²⁴⁰ del Código Civil, del cual se desprende que cuando una misma cosa ha sido objeto de obligación de dar a varios acreedores, tendrá preferencia en el derecho el primero que de buena fe obtenga la

²³⁹ IMPO (s.f.). Ley de Registros Públicos, Ley N° 16871. Centro de Información Oficial. Normativa y Avisos Legales del Uruguay. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16871-1997> (21/08/2021)

²⁴⁰ “Artículo 1337.

Si uno se obliga sucesivamente a entregar a dos personas diversas una misma cosa, el que primero adquiere la posesión de buena fe, ignorando el primer contrato, es preferido, aunque su título sea posterior en fecha, con tal que haya pagado el precio, dado fiador o prenda u obtenido plazo para el pago. (Artículo 1680)”.

posesión concedida por el deudor —se entiende por tradición—, por encima inclusive de la antigüedad del título, salvo que no hubiera pagado el precio u obtenido plazo para ello.

Parece que la confusión es resuelta por el Artículo 54²⁴¹ de la Ley de Registro de la Propiedad antes aludida, que alude a las consecuencias jurídicas de la publicidad registral, señala que cualquier acto, negocio jurídico, acto administrativo o judicial es oponible a terceros desde la presentación del título para la inscripción, obviamente siempre que aquella presentación haya prosperado hacia la inscripción registral. Lo más relevante es que aquel artículo introduce en su tercer párrafo la eficacia relativa o limitada de la *traditio*, pues está reducida a las partes o sus sucesores a título universal, por lo contrario, para que tenga la suficiente aptitud traslativa respecto a terceros precisa de inscripción registral.

A partir de la disposición precedente es posible postular que la prioridad en el derecho derivada de la prioridad en la posesión no sería aplicable respecto a los bienes registrados, sino que esta se resolvería bajo la égida de la prioridad en la inscripción registral en cuanto que es oponible a terceros mientras que la *traditio* es eficaz sólo entre las partes o sus herederos universales.

La breve referencia respecto a los efectos reales o meramente obligatorias de los principales contratos con vocación de transferencia dominical, es que, en primer lugar, el Artículo 1661^o, define a la compraventa como obligación dar una cosa como contrapartida al pago del precio, cuya obligación esencial, según el Art. 1686²⁴², está reducida a la entrega o tradición y el saneamiento, que se efectuará conforme a las reglas específicas desarrolladas sobre la tradición real, de ser el caso, la ficta. El

²⁴¹ “Capítulo V - Efectos de la publicidad registral

Artículo 54 (Efectos de la publicidad). Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro, excepto lo dispuesto en el artículo siguiente.

(...)

Entre las partes y sus sucesores a título universal la tradición de los derechos producirá sus efectos desde que quede consumada en forma real o ficta”.

²⁴² “Artículo 1686

Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos, la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. (Artículos 758 y 769).

La tradición se verifica conforme a las reglas establecidas en el Título III del Libro Tercero”.

contrato de permuta tampoco deja de ser un contrato cuyo objeto es la obligación de dar una cosa como contrapartida por otra cosa también es dada recíprocamente.

Sin duda alguna, los artículos mencionados resaltan el carácter obligatorio de los contratos, constituyen mero título, siendo que la *traditio* en cualquiera de sus modalidades constituye el modo, que aún así es insuficiente para el traspaso real con eficacia a los terceros, resultando que el elemento de oponibilidad en el iter transmisorio es aportada por la publicidad alcanzada vía inscripción en el registro inmobiliario. Como es notorio, la legislación uruguaya se enrola en el sistema del título y modo seguida de una inscripción declarativa. A nuestro entender, esto implica la poca posibilidad de las ventas ilícitas de los bienes ajenos y la enorme seguridad del tráfico inmobiliario, pues tiene un doble candado, por un lado, la posesión a través de la *traditio* y, por otro lado, la inscripción registral.

(viii) Código Civil de Puerto Rico (1930 y 2020).

El Estado Libre Asociado de Puerto Rico, a pesar de formar parte de los Estados Unidos de América, ha abrazado una tradición jurídica del sistema eurocontinental como efecto propio de siglos de colonialismo español. Este Estado, acaba de pasar una reforma a su sistema jurídico civil, mediante la Ley N° 55-2020²⁴³, publicada el 01 de enero de 2020, aunque estuvo en *vacatio legis* hasta el 28 de noviembre del 2020, fecha desde el cual, entró en vigencia el nuevo Código Civil, quedando abrogado el anterior Código de 1930²⁴⁴.

El nuevo Código no ha alterado al sistema de transferencia inmobiliaria del anterior código cuya marcada orientación hacia el sistema del título y modo romano se desprendía de su Artículo 549, el cual, en cuanto a la adquisición derivativa o traspaso, con ciertas variantes, se mantiene en el Art. 745²⁴⁵ del Nuevo Código. Este artículo,

²⁴³ Cámara de Representantes de Puerto Rico (enero 01 de 2020). Código Civil de Puerto Rico, Ley N° 55-2020. *Lex Juris*. Recuperado de <http://www.lexjuris.com/LexLex/Leyes2020/lexl2020055.htm> (22/01/2020)

²⁴⁴ Cámara de Representantes de Puerto Rico (1930). Código Civil de 1930. *Lex Juris*. Recuperado de <http://www.lexjuris.com/lexcodigo.htm> (22/01/2021)

²⁴⁵ “Capítulo II. Adquisición de la Propiedad
Artículo 745.-Adquisición de la propiedad.

además de regular la adquisición por Ley y las adquisiciones originarias, obviamente, también establece que se adquieren por consecuencia de algunos contratos mediante la tradición. Nótese que los contratos son la causa, pero es la tradición el elemento de cierre, la primera, el contrato como transferencia en potencia y la tradición como transferencia en acto, ello naturalmente porque los contratos tienen efectos obligatorios, en cambio, se instituye a la tradición como el modo a través del cual opera la transferencia.

Como se ha desarrollado con amplitud, la *traditio* traslaticia desde los tiempos romanos exige ciertos presupuestos. Este código también es una remembranza diáfana de su esencia clásica, eso se percibe de la Sección Quinta del Libro Quinto, específicamente el Art. 796²⁴⁶ que conceptúa como un acto de entrega posesoria real o simbólica de una cosa identificada o determinada con la intención de traspasar el dominio. La *traditio domini*, además, debe estar imbuida de ciertas condiciones que el Art. 797²⁴⁷ los enumera: (i) la facultad de disposición del *tradens*, (ii) *iusta causa* transmisiva, (iii) coincidencia de voluntades trasmisoria y adquisitiva, en el enajenante y adquirente, respectivamente y (iv) capacidad trasmisiva y adquisitiva, respectivamente.

Previa a la tradición, el Art. 1232° del código abrogado exigía que los negocios jurídicos cuyo objeto sea la configuración, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, fueran celebrados por documento público. En parte, aquella exigencia se ha relajado en el nuevo código, pues el Artículo 1245²⁴⁸

La propiedad se adquiere por medio de la ley, por la ocupación, el hallazgo, la accesión, la especificación, la usucapión, la sucesión testada o intestada o por **consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición**".

²⁴⁶ "Sección quinta. La Tradición

Artículo 796.-Concepto de tradición.

La tradición consiste en la entrega real o simbólica que una persona hace a otra de la posesión de un determinado bien con la intención de transmitir el dominio"

²⁴⁷ "Artículo 797.-Requisitos para que se efectúe la tradición.

Para que se efectúe la tradición deben cumplirse los siguientes requisitos:

- (a) que la persona que trasmite sea dueña del bien;
- (b) que exista justa causa para la transmisión;
- (c) que haya voluntad de transmitir en el transmitente y de adquirir en el adquirente; y
- (d) que el transmitente y el adquirente tengan capacidad para transmitir y adquirir, respectivamente"

²⁴⁸ "Artículo 1245°. Contratos cuyo otorgamiento requiere un instrumento público o privado.

Debe constar, en un instrumento público o privado, para efectos probatorios:

- (a) la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles;
- (...)

introduce el concepto de instrumento privado, por lo que ya no es excluyente la observancia del instrumento público, pues alternativamente pueden celebrarse negocios jurídicos inmobiliarios, también por instrumento privado, además, la exigencia de cualquiera de los instrumentos ha pasado a ser una mera formalidad *ad probationem*, pues el último párrafo ha restringido la formalidad *ad solemnitatem* a aquellos negocios jurídicos sobre los cuales la Ley establezca ese imperativo.

Si bien la suma de un contrato como causa seguida de la tradición son los que configuran el derecho de propiedad en ésta legislación, el Artículo 546° del anterior Código, y el Art. 701²⁴⁹ del actual recogen la fórmula legal de eficacia relativa o restringida de aquella transferencia, pues como regla, los títulos de dominio inmobiliario que carecen de inscripción registral adolecen de efectos frente a terceros, esto es, “no perjudican a tercero”, salvo una disposición legal expresa diferente. Es decir, si bien es verdad que la tradición es la que hace operar la transferencia, pero aquella transferencia es sólo entre las partes, de modo que al igual que en otras legislaciones antes comentadas, para alcanzar un derecho de propiedad erga omnes, se requiere la correspondiente inscripción del título de transferencia.

A pesar que la traditio sustentada en una justa causa es suficiente para la transferencia, además, que como regla general señala el Art. 700²⁵⁰ del Código Civil la inscripción registral no es presupuesto para la transferencia inmobiliaria ni la configuración de ningún otro derecho real; sin embargo, está muy bien complementada por un sistema registral declarativo, que se puede catalogar de prevalente, pues, parece ser que este sistema registral tiene un rol atípico, más protagónico en comparación con los sistemas registrales declarativos de otros ordenamientos jurídicos.

Los actos, negocios jurídicos y contratos para los que la ley exige una forma solemne, se rigen por dicha ley”.

²⁴⁹ “Artículo 701.-Inoponibilidad frente a terceros.

Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero, salvo cuando la ley dispone algo distinto”.

²⁵⁰ “Artículo 700 del Código Civil

Inscripción registral.

Los derechos reales no requieren inscripción en un registro público para que queden constituidos, excepto cuando la ley exija algo distinto”.

También el sistema registral portorriqueño es de reciente data, dado que la de 1979, fue abrogada mediante la Ley N° 210²⁵¹, publicada el 8 de diciembre de 2015, en vigor desde el 7 de marzo del año 2016, por el cual se creó el Registro Inmobiliario Digital del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Presti-Reyes, 23/04/2016). Tanto la anterior regulación legislativa mediante la Ley Núm. 198 del 8 de Agosto de 1979, y la actual, gozan de una redacción especial y adecuada, en cuanto, brindan un rol definitivo en la seguridad del tráfico a la inscripción registral, en cierto grado con mayor intensidad que sus pares como el peruano. Se aprecia en la disposición contenida en el Artículo 34²⁵² (RID-PR), la instauración del denominado principio de legitimación registral que es un principio que se halla en cualquier legislación registral, pero la razón por la cual se considera como prevalente, es porque la presunción no sólo se agota en la titularidad del dominio, sino también se extiende hacia el ejercicio de la posesión de los bienes inmuebles, con el agregado que no puede ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio contra quien aparece como el titular registral, sin haberse solicitado la declaratoria de la inexactitud del asiento.

El Art. 35²⁵³ del RID regula la ausencia de efectos convalidantes de la inscripción registral, además, instituye la figura del tercero de la inatacabilidad de la buena fe

²⁵¹ Cámara de Representantes de Puerto Rico (08/12/2015). Registro Inmobiliario Digital del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley N° 210-2015. *Departamento de Justicia del Gobierno de Puerto Rico*. Recuperado de <http://www.justicia.pr.gov/wp-content/uploads/2016/01/ley-210-08-Dic-2015.pdf> (22/01/2020)

²⁵² “Artículo 34. — Presunciones en cuanto a derechos inscritos. (30 L.P.R.A. § 6049).

A todos los efectos legales se presumirá que los derechos publicados en el asiento de inscripción de cada finca existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. **También se presumirá que quien tenga inscrito a su favor el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.** Estas presunciones admiten prueba en contrario, pero los tribunales cuidarán de que en caso de duda sobre el hecho de la posesión sea reconocido como poseedor el titular inscrito, con reserva de las acciones que puede ejercitar su contradictor en la vía ordinaria correspondiente.

En virtud de lo indicado, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de un titular determinado, sin que previamente o a la vez se pida en una acción civil o criminal la corrección, nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción, cuando proceda”.

²⁵³ “Artículo 35. — No convalidación de actos o contratos nulos; protección de derechos de terceros. (30 L.P.R.A. § 6050).

El asiento de inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, ni altera las relaciones jurídicas de quienes intervengan como partes en dichos actos o contratos. No obstante, el derecho real de un tercero estará protegido por la fe pública registral y será mantenido en su adquisición cuando cumpla con los siguientes requisitos:

1. El derecho es adquirido válidamente y con arreglo a la ley en un negocio intervivos, de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparece con facultad para transmitirlo, y que ha sido inscrito.

registral. Hasta allí no hay nada de extraordinario, sería como cualquier otro sistema registral declarativo, sin embargo, se le considera como un sistema registral de mayor intensidad, porque sobresale la inatacabilidad por quien tenga títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos; ésta breve expresión, genera una marcada consecuencia especialmente respecto a la venta múltiple, el primer comprador que no haya inscrito, no tiene opciones de atacar al que tiene el derecho inscrito, en comparación con lo que sucede en la realidad jurídica peruana, en el cual es una constante que el primer comprador, siempre ataca por nulidad al tercer adquirente amparado precisamente en la adquisición consensual, al no estar regulado expresamente que la transferencia meramente consensual genera efectos únicamente entre las partes contratantes más no frente a los terceros registrales.

Los requisitos que exige el referido artículo 35 para la inmunidad del derecho del tercero, son los mismos de cualquier otro ordenamiento registral, derecho adquirido intervivos, de buena fe y a título oneroso, de persona que en registros conste con facultades para enajenar, además, que aquella sea inscrita. Lo relevante es que la inmunidad del derecho adquirido por el tercero, alcanza a las inexactitudes derivadas de títulos de dominio no inscritos sobre la finca y cualquier otro derecho real. Además, se presume la buena fe diligencia del tercer adquirente, en tanto, no se pruebe que conocía de la inexactitud registral. Ésta es la diferencia esencial con el sistema registral peruano, que por la ausencia de fórmula legal aclaratoria de reducción de los efectos de la transferencia consensual en el mero ámbito de los contratantes en caso de venta múltiple de un mismo bien inmueble, el primer comprador no inscrito usualmente, ataca judicialmente al otro comprador con derecho inscrito que respecto a aquella relación contractual primigenia es tercero registral.

2. La adquisición se efectúa basado en un Registro inexacto por causas que no resultan clara y expresamente del propio Registro o por existir sobre la finca acciones o títulos de dominio o de otros derechos reales que no están debidamente inscritos.

Ha de entenderse por Registro los asientos relativos a una finca o derecho, no extinguidos según lo dispuesto en esta Ley, que se refieran a cargas y gravámenes o a derechos que no sean del que transfiere o grava, además del asiento que publica el derecho del transmitente.

La buena fe del tercero se presume siempre que haya actuado con una mínima dosis de diligencia y mientras no se pruebe que al adquirir conocía la falta de exactitud del Registro.

El adquirente a título gratuito sólo gozará de la protección registral que corresponde a sus causantes o transferentes.

Los derechos meramente mencionados o la indebida constancia de obligaciones no afectarán a tercero”.

Es importante considerar que la concepción del tercero de buena fe en la relación jurídica A — B no inscrita y A — C con inscripción registral, C es tercero registral inscrito respecto a la compra-venta no inscrita de B, eso se desprende claramente de literal F²⁵⁴ del Art. 37 del RID, en cuanto refiere “*el que adquiera del tercero*”. Aquí la diferencia con el tercero de buena fe registral que instituye el Art. 2014 del Código Civil peruano, que en esa misma relación A — B (compraventa no inscrita) A — C (inscrita), en un cuestionamiento de B, C no es un tercero registral, sino que tercero será D quien emana de una relación C — D (con inscripción registral). La seguridad jurídica a favor de C, considerada un tercero, bajo la condición que haya obrado de buena fe, en el sistema portorriqueño es cualificada, especialmente contra el primer adquirente no inscrito que es B, pues establece una disposición expresa de inmunidad contra la nulidad devenida de doble venta inmobiliaria, de tal suerte que ni se anularán, tampoco se rescindirán los negocios jurídicos si vaya a devenir en perjuicio de C (Art. 40.3²⁵⁵ del RID). En tal escenario para restaurar el desequilibrio generado en perjuicio del primer comprador sin inscripción registral (B) el último párrafo del mismo Art. 40 establece el camino de la acción personal o indemnizatoria por los daños y perjuicios causados en la múltiple venta.

La inmunidad del derecho adquirido por tercero registral de buena fe con derecho inscrito contra el primer adquirente en una doble venta inmobiliaria instaurada por el antes aludido Art. 40 del RID, es compatible con el sistema de concurrencia de acreedores respecto a inmuebles regulada en el Art. 1069²⁵⁶ del Código Civil, en cuanto

²⁵⁴ “Art. 37. (...)”

F. El que adquiera del tercero tendrá los derechos que este Artículo le concede a su causante, siempre que cumpla con los mismos requisitos y con los establecidos en el Artículo 35 de esta Ley”.

²⁵⁵ “ARTÍCULO 40. — Actos o contratos en perjuicio de tercero; causas por las que no se anularán ni rescindirán. (30 L.P.R.A. § 6055).

No se anularán ni rescindirán los actos o contratos en perjuicio de tercero por ninguna de las causas siguientes:

(...)

3. Por la doble venta de una misma finca o derecho, cuando alguna de ellas no haya sido inscrita y salvo el caso en que el adquirente inscrito no haya obrado de buena fe.

En todo caso que la acción resolutoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en este Artículo, se podrá ejercitar la acción correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los haya causado”.

²⁵⁶ “Artículo 1069.-Obligación de dar a diversos acreedores.

Si la obligación de dar se refiere a un bien inmueble, y el mismo deudor se obliga a entregarlo a diversos acreedores, se prefiere al acreedor que actúa de buena fe y cuyo título ha sido primeramente inscrito.

ambos otorgan protección en principio a quien ha inscrito su derecho. El sistema de concurrencia de acreedores portorriqueño, a diferencia del sistema peruano, otorga segundo rango de prevalencia al que ha tomado posesión del inmueble, en su defecto, al que detenta el título más antiguo, en cualquiera de los casos, la buena fe del adquirente es inexorable.

La cualidad prevalente de la inscripción registral en este sistema también sale a relucir con la particular regulación de la usucapión ordinaria (Art. 37²⁵⁷), pues la propia inscripción registral sirve como justo título si la usucapión es solicitada por el propio titular registral, con el añadido que la inscripción también aporta la presunción posesoria, pública, pacífica, continuidad y buena fe. A pesar que en otras legislaciones es usual que la usucapión vence a los registros públicos, en el sistema portorriqueño la inscripción registral es la que vence a la usucapión, según dispone el Art. 38²⁵⁸ del RID, el derecho del tercero registral de buena fe goza de inmunidad inclusive frente a otro que adquiera por usucapión, siempre que este adquirente desconociera de su consumación y además este tercero instaura una acción negatoria dentro del plazo de un año desde la adquisición, pues vencido ese plazo, la inmunidad del tercero desaparece y prevalecerá la usucapión.

El valor cualificado de la inscripción registral en este sistema es notorio también porque desde la regulación contenida en el Art. 790²⁵⁹ del Código Civil, no hay usucapión ordinaria extraregstral contra un derecho inscrito, sino que usucapión ordinaria registral, pues precisa el enfrentamiento inexorablemente de dos titulares

En defecto de inscripción, se prefiere a quien de buena fe sea primero en la posesión, y si esta falta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe”.

²⁵⁷ “Artículo 37. — Prescripción; justo título. (30 L.P.R.A. § 6052) A los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído el derecho de forma pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.”

²⁵⁸ “Artículo 38. — Prescripción; tercero; requisitos y alcance de la protección conferida al tercero por la fe pública registral frente a un usucapiente. (30 L.P.R.A. § 6053)

A. El tercero que adquiere protegido por el Artículo 35 de esta Ley el dominio o cualquier derecho real que implique posesión, quedará amparado por la fe pública registral frente a un usucapiente, bien sea por prescripción ordinaria o extraordinaria, si cumple lo siguiente:

1. Desconocía la usucapión consumada o en curso a favor de persona distinta de su transmitente.
2. Dentro de un año luego de la adquisición interpone acción judicial para negar los efectos de la usucapión consumada antes de la adquisición (...).”

²⁵⁹ “Artículo 790.-Usucapión ordinaria frente al titular registral.

La usucapión ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tiene lugar sino en virtud de otro título igualmente inscrito, y el tiempo comienza a transcurrir desde la inscripción del segundo.”

registrales, en tanto es condición para el decurso prescriptorio que el justo título esté inscrito. Ello conlleva también a que para efectos prescriptorios, la transmisión posesoria, en perjuicio de terceros registrales, no se produce sino acorde con el marco legislativo registral, es decir, la Ley N° 210-2015, conforme se aprecia del Art. 739²⁶⁰ de la Legislación Civil.

(ix) Código Civil y Comercial Argentino (2014).

El actual Código Civil argentino, aprobada por la Ley N° 26994²⁶¹, promulgado según Decreto N° 1795-2014, publicada 08 de abril de 2014, en vigencia desde el 01 de agosto de 2014 (Infoleg, Boletín Oficial N° 32985)²⁶², es de mucha trascendencia, porque abroga al anterior Código que ha estado consagrado históricamente, con una vigencia de casi un siglo y medio, no sólo para la propia Argentina, sino también para la propia comunidad jurídica civilística latinoamericana, pues es la más reciente reforma aprobada y ha permitido el consenso de diversos temas álgidos.

Desde nuestra óptica, este código, no se ha desligado por completo de la gigantesca figura del código elaborado por Sarsfield, muestra de ello es que recoge en su Artículo 750²⁶³, casi el mismo texto del Artículo 577° del vetusto código, pues el del vigente precisa que en las obligaciones de dar cosas ciertas encaminadas al establecimiento de derechos reales, estas no nacen sin la tradición, de manera que a favor del acreedor aún

²⁶⁰ “Artículo 739.-Pérdida y transmisión de la posesión en perjuicio de tercero.

La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida, para los efectos de la usucapión, en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la legislación registral inmobiliaria.”

²⁶¹ *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. Recuperado desde <http://www.saij.gob.ar/26994-nacional-codigo-civil-comercial-nacion-Ins0005965-2014-10-01/123456789-0abc-defg-g56-95000scanyel?q=%28numero-norma%3A26994%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Ley%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1> (26/01/2020)

²⁶² Honorable Congreso de la Nación Argentina (08/04/2014). Código Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial, N° 32985, Página: 1. *InfoLEG*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> (26/01/2020).

²⁶³ “Parágrafo 2°

Obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales.

Artículo 750.- Tradición.

El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario.”

no se configurará ningún derecho real. Aquella disposición exhibe la inclinación del código por el sistema de la tradición o sistema del título y modo, por lo menos, de su total alejamiento del sistema consensual, ello en tanto establece que la tradición es el mecanismo único capaz de generar un derecho real.

Este código, al definir a la tradición como la entrega material de una, también, soslaya cualquier posibilidad de tradición ficta. Ello, conforme da cuenta su Artículo 1924²⁶⁴, según el cual la tradición es la entrega y recepción de una cosa por uno a otro, respectivamente. El énfasis es claro respecto a que la tradición debe expresarse a través de la realización de hechos materiales orientadas al otorgamiento de un señorío fáctico sobre la cosa. Aquella entrega no puede ser suplida por una declaración de su realización por las partes, es decir, no está aceptada la tradición por declaración o tradición por inserción de cláusula, en fin, no se acepta la *traditio* instrumental. La tradición traslaticia, no puede consistir en una mera declaración de las partes, sino que precisa de actos materiales que sitúen al adquirente en una verdadera posibilidad fáctica sobre el bien adquirido, garantizándose así las funciones esenciales del modo (tradición) como son el otorgamiento de la publicidad y la efectividad del derecho que es objeto de adquisición.

Para expurgar cualquier duda respecto al sistema de transferencia adoptado en el Código en referencia, es suficiente leer el Artículo 1892²⁶⁵, según el cual la adquisición

²⁶⁴ “Artículo 1924.- Tradición.

Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de **actos materiales** de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, **los que no se suplen**, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla”.

²⁶⁵ “Artículo 1892.- Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

de un derecho real por traspaso o mediando negocio jurídico entre vivos, exige la yuxtaposición de título y modo con suficiencia traslativa, es decir, un acto jurídico que cumple los presupuestos y formas legales cuya finalidad última es la transmisión o configuración de un derecho real. Si bien se hace referencia a acto jurídico, siendo este un concepto amplio debe entenderse como sinónimo de negocio jurídico, tanto en el sistema argentino, como en todos los sistemas hasta aquí verificados, esos negocios jurídicos con “finalidad” traslativa o constitutiva de derechos reales son: la compraventa, la donación, la permuta, transacción extrajudicial, aporte societario, inclusive la dación en pago, etc.

Según dispone el Artículo 1017²⁶⁶, el título que sirve como causa jurídica a la *traditio* traslativa respecto a bienes inmuebles debe observar una formalidad esencial, que sea celebrado mediante declaración que conste en escritura pública. Aquél dispositivo también es parte del sistema de transferencia, pues impone una formalidad esencial respecto al negocio jurídico enajenatorio de inmuebles, expurgando cualquier posibilidad que las transacciones inmobiliarias puedan celebrarse verbalmente o, a través de instrumento privado, solamente.

El Artículo 1892°, configura también la naturaleza de la tradición traslativa, exigiendo que debe ser una tradición posesoria, pero entendida no como *nuda traditio*, sino en contraposición a la tradición ficta o tradición sin actos materiales, en ese sentido la tradición exigida para ser entendida como suficiente debe ser material; también, se admiten las tradiciones fictas, con la condición que la posesión sea subyacente, el caso de la *traditio brevi manu* cuando el adquirente ya poseía el bien por un título de menor grado, o cuando el que enajena aún se lo queda la posesión pero a causa de un título menor y ya en nombre del adquirente (*traditio constitutum possessorium*).

Es necesario reiterar que la tradición ficta por variación del título posesorio, desde ninguna perspectiva importa la supresión de la posesión, en ella, más bien el adquirente

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.”

²⁶⁶ “Artículo 1017.- Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública:

a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. (...)”

que ya poseía el bien, pero bajo un título diferente que podría ser por ejemplo el de arrendamiento, pero que en el lapso haya celebrado una compraventa significa que ha variado su título posesorio, y como quiera que ya ostenta posesión sobre el bien, la tradición posesoria se entiende ya efectuada, es decir, se acude a una ficción, pero que, como insistimos, no importa la supresión del rol de la posesión en el giro hacia el dominio.

Hay que otorgar connotación especial al extremo del Artículo 1892, que refiere a los derechos reales que se ejercen por la posesión lleva como bandera a la propiedad, porque ésta, “...no tiene ninguna naturaleza distinta de la de ser una posesión modalizada por el transcurso del tiempo” (Álvarez, 1986, p. 143).

El tercer párrafo del artículo que nos ocupa, hace referencia a que, para la transmisión o constitución de derechos reales respecto a las cosas registrables el modo suficiente consistirá en la inscripción registral. En esta legislación, la relación *traditio* e inscripción registral es un tema no resuelto, mas bien, la duda es notoria, es decir, entonces, sobre los bienes registrables, en específico los inmuebles o bienes raíces ¿Qué rol juega la tradición? Otorgarle respuesta a tremenda interrogante es una tarea ardua, porque también nos lleva a formularnos otra interrogante: sobre los bienes que a su vez están sujetos a la tradición como a la inscripción ¿Qué efectos tiene la inscripción registral? Parece que el código no nos muestra una respuesta precisa.

En efecto, si bien refiere por un lado que la tradición posesoria sustentada en causa (para descartar la tradición sin causa), es la que transfiere los derechos que se ejercitan por la posesión como es el caso propiedad, que sin lugar a dudas recae sobre los inmuebles, empero, los inmuebles son también bienes sujetos a inscripción, no podemos dilucidar en qué casos los inmuebles serán transferidos por inscripción y en qué casos por tradición, menos, cuál de las dos modalidades es la que otorga una eficacia más amplia; tanto más, si el Artículo 1893²⁶⁷, que regula la inoponibilidad de los derechos reales, igualmente expresa como condición de oponibilidad de los

²⁶⁷ “Artículo 1893.- Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe **mientras no tengan publicidad suficiente.**

Se considera **publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.**

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la inoponibilidad del derecho real (...).”

derechos reales frente a terceros de buena fe, que tengan publicidad suficiente, ya sea vía inscripción registral o la posesión, agregando además que si el modo es la inscripción constitutiva, la inscripción registral es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

No obstante que los dispositivos que comentamos, aparentan que la inscripción registral fuera constitutiva de derechos, nosotros asumimos que la inscripción registral, en éste código, no tiene esos efectos, por cuanto, el instituto jurídico de la concurrencia de acreedores, respecto a bienes inmuebles niega o suprime tal posibilidad. En efecto, el artículo 756²⁶⁸ establece el elenco de prioridades en caso de la obligación de dar un mismo inmueble a favor de una pluralidad de deudores, comenzando desde el acreedor que además de haberla recibido en tradición, también ha alcanzado la inscripción registral de su adquisición, luego a quien ha recibido la tradición, por encima de quien ha realizado la inscripción registral, y por último quien detenta el título de fecha cierta más antigua; condicionados todos a la buena fe y la onerosidad de la acreencia.

Mediante el dispositivo precitado se instaura un orden de prelación sin precedentes, pero acorde con las tendencias cuestionadoras de la seguridad jurídica dinámica o de tráfico azarosos con la justicia que brinda la inscripción registral sustentadas en la premisa de la verdad oficial, aunque en clara afrenta al sentimiento natural de justicia de los seres humanos, desdibujando una realidad trascendental como es la posesión. Por ello que éste código, exige para acercar tanto la adquisición de derechos por la situación registral y por la posesión, que en primer orden se prefiera al acreedor quien ostente inscripción (emplazamiento registral) y tradición juntas, esto es, si un titular registral de un determinado inmueble ha otorgado en sucesivas compraventas, el mismo inmueble, a varios sujetos de derecho, tendrá preferencia quien tenga inscripción más tradición; ello implica la preocupación por generar una seguridad

²⁶⁸ “Artículo 756.- Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles. Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho:

- a) el que tiene **emplazamiento registral y tradición**;
- b) el que ha recibido la tradición;
- c) el que tiene emplazamiento registral precedente;
- d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior”.

jurídica cualificada a la transferencia, pero que no sólo las formas sean los que permitan otorgar la preferencia, sino también la realidad.

Desde nuestra perspectiva, constituye una sorpresa, la regulación que, en caso de la ausencia de concurrencia de ambos requisitos tendrá preferencia el primero que haya recibido el bien por tradición, por encima del propio emplazamiento registral; pues sólo en el caso que ninguno ostente la tradición, se acude al criterio del que tenga su inscripción registral más antigua, finalmente el que tenga título de fecha cierta más antigua. En suma, la conclusión es inobjetable, si la inscripción registral fuera constitutiva, no prevalecería la tradición, por encima de ella.

Mayor claridad respecto al tema en cuestión, nos lo otorga el Artículo 2256^{o269}, que habla de la prueba de la reivindicación que, a su vez, supone la discusión de la determinación de la situación jurídica del verdadero propietario (vulgarmente llamado mejor derecho de propiedad. Dicha norma que alude a las pruebas en la reivindicación, establece que: a) si los derechos del actor y demandado emanan de un antecesor común (por ejemplo la venta sucesiva) se preferirá al primero que es puesta en posesión de la cosa, sin importar la fecha del título; b) si los derechos del actor y demandado derivan de diferentes antecesores, el título del actor, que sea posterior al del demandado, es insuficiente para declarar fundada la demanda, aunque éste no presentare ningún título, esto presupone que si bien, por ejemplo, el actor exhibe un título consistente en la compraventa, por más que ésta gozara de inscripción registral, no ha adquirido la propiedad aún, por faltarle la tradición o entrega, pues estando el demandado en posesión con anterioridad al título en que se sustenta la demanda, resulta imposible

²⁶⁹ Artículo 2256^o, “Prueba en la reivindicación de inmuebles. Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes:

- a. si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título;
- b. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del demandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente título alguno;
- c. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;
- d. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión”.

que al actor se le haya efectuado la tradición, en consecuencia, por falta de éste elemento que es el modo, no habrá adquirido el derecho de propiedad²⁷⁰.

Padilla (2015) coincide en parte con la postura que se asume aquí respecto al carácter no constitutivo de la inscripción registral que versa sobre bienes inmuebles, pues considera que de conformidad con los arts. 750, 1892, 1893, la tradición posesoria sustentada en una causa o título es el modo de adquisición del derecho real, no obstante, según enfatiza, los efectos de la transferencia respecto a terceros de buena fe, es decir, la oponibilidad universal, no se alcanzará sino mediante la inscripción registral (p. *in fine*). Nuestra coincidencia con esta tesis es solamente parcial, porque este autor ha omitido tomar en cuenta la regulación de prelación en el evento de concurrencia de acreedores, en la cual, la tradición de buena fe prevalece frente a la inscripción registral de buena fe. Sin perjuicio de ello, el autor, sí nos aclara el panorama respecto a que la referencia a “inscripción constitutiva” guarda relación más que con los bienes inmuebles, con los automotores, en cuyo caso la inscripción se erigirá como modo con efectos traslativos.

La síntesis sobre el sistema de transferencia inmobiliario incorporado por el nuevo Código Civil Argentino es que mantiene los sendos pasos del sistema de transferencia del Código de Sarsfield, complementada con un registro declarativo que genera un derecho oponible *erga omnes*. La variante más notoria, es que en caso de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble debe preferirse al que ha obtenido la tradición, inclusive por encima de la propia inscripción registral.

(x) Código Civil de Honduras (1906)

²⁷⁰ Confirma también la ausencia de efecto constitutivo de la inscripción registral el Artículo 1170°, sobre la preferencia del comprador sin inscripción registral en relación al embargante; pues reza que el:

“Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:

- a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos;
- b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;
- c) el boleto tiene fecha cierta;
- d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

Este Código data del 1906 y fue aprobada por el Decreto N° 76²⁷¹, hasta donde se ha indagado no hay datos de un proceso de reforma integral o parcial, más bien, aún sigue en pie, especialmente el sistema de transferencia inmobiliaria. A primera impresión pareciera que recoge el sistema romano del título y modo, pues en su Artículo 697²⁷² es depositaria de la *traditio* como modo de adquisición del derecho de propiedad de los bienes, mediante la entrega por el titular a favor del adquirente, ostentando facultad e intención de transferir y adquirir el dominio, respectivamente.

La disposición resume todos los elementos y requisitos de la vieja *traditio* romana, partiendo por la entrega con *animus transferendi et accipiendi domini*, la cual debe estar fundada en una causa, esto es que la entrega sea como consecuencia de un contrato con vocación traslaticia, que, además, debe ser válida. De conformidad con el Art. 702²⁷³, se considera como un título de dominio, a la venta, donación, permuta. Además, la entrega para su validez, presupone que efectúe por propia voluntad del tradens o un representante con facultades suficientemente conferidas para tal fin (Art. 699²⁷⁴). La *traditio* no puede ser un acto unilateral, más bien es un acto en el que para su eficacia se requiere de concurrencia de la aceptación del *accipiens* (Art. 700²⁷⁵). En todos los casos en los cuales hubiera defecto en el consentimiento, ya sea por el *tradens* o *accipiens*, está permitida la convalidación vía ratificación, con efectos retroactivos.

A diferencia de los otros códigos analizados hasta aquí que, respecto a bienes raíces o inmuebles se adieren a la *traditio* posesoria o material como regla y a la *traditio ficta* como excepción, el Código Civil hondureño se adiere a la *traditio* ficta como regla, específicamente a la *traditio* instrumental, que según el Artículo 713²⁷⁶, consiste en la

²⁷¹ Se puede corroborar en Asamblea Nacional Constituyente de Honduras (19 de enero de 1906). Código Civil, Decreto No. 76. De https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=civil_codes (28/01/2021)

²⁷² “Art. 697°. La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo”.

²⁷³ “Art. 702. — Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere.”

²⁷⁴ “Art. 699. — Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente ó por su representante (...)”

²⁷⁵ “Art. 700. — La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente ó de su representante.”

²⁷⁶ “Art. 713. —La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el

declaración de entrega y recepción por las partes contratantes en el documento público donde consta a su vez el negocio jurídico que le sirve de fundamento. Nótese que la tradición queda reducida a la mera declaración documentada, es decir, se torna en una tradición ficta, que desde una perspectiva funcionalista, propiamente no es tradición, más bien ya es cercana a una transferencia consensual porque el propio contrato sirve como título o causa, a su vez, ella misma se erige también como el modo o el efecto; en buena cuenta, el propio contrato es el que transfiere el derecho de propiedad, sólo que está condicionada a que conste en escritura pública.

La absorción de título y modo en el mismo instrumento, a pesar de todo el esfuerzo del Código materia del presente comentario por otorgarle prevalencia a la *traditio*, podría inclusive ser alineado a las filas del consensualismo, pues justamente como indica Guzman (2015) la transferencia consensualista se generó porque la *traditio* pasó a ser una mera cláusula de estilo por defecto en los contratos de compraventa, a través del “*desaisine-saisine*” que ya era puramente ficticia y sin verificación real (p. 335). Sin embargo, la doctrina especializada enseña como un paradigma del sistema del título y modo a la legislación civil española que también insta a la *traditio* instrumental como regla, en consecuencia, por remembranza, la legislación civil hondureña también se agrupa en el sistema romano.

Conviene resaltar que ésta legislación tiene el mérito al igual que la mayoría en establecer que la *traditio* genera una transferencia inmobiliaria de eficacia relativa o reducida a las partes contratantes, mientras que la eficacia universal de la transferencia, es decir, frente a terceros, requiere de la inscripción en el registro inmobiliario como puede leerse en el último extremo del citado Artículo 713°.

4.2.3. La *traditio* entendida como inscripción registral.

En éste grupo hemos clasificado a todos los códigos que adoptan el sistema del título y modo, pero el modo no constituye la *traditio* como lo fue en el Derecho romano de antaño, si bien la estructura de trasmisión sigue siendo la misma (contrato enajenatorio

adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto ó contrato, y **para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad**”.

con efectos obligatorios seguida de un acto jurídico), el modo ya consiste en la inscripción registral, en estos códigos, el lugar de la entrega posesoria que ocupaba antaño la *traditio*, ha sido ocupada por la inscripción registral, sin cuyo presupuesto no se trasmite el derecho de propiedad.

(xi) El Código Civil de la República de Chile (1855).

Según el autor chileno Guzmán (2000), el proceso de codificación iberoamericana, pasó por varias etapas, la primera fue la adopción del *Code*, como fue el caso del Código Civil de Santa Cruz que rigió en Bolivia y Perú, luego vino la primera codificación iberoamericana endógena cuya expresión fue el Código Civil peruano de 1852 y finalmente la madurez del fenómeno codificador iberoamericano estaría representada por el Código Civil de la República de Chile, considerada el código más influyente del S. XIX, pues no sólo fue adoptada en Ecuador, Colombia y Venezuela, sino también en El Salvador, Nicaragua, Honduras y Panamá.

La mayoría de los códigos influenciados por el de Bello fueron reformados en el S. XX, quedan en pie, sin embargo, los tres códigos, de los que hablaremos en éste apartado. Es necesario poner énfasis en el Código Civil de la República de Chile, con 164 años de vigencia, pues los demás no son sino un auténtico calco de aquella, especialmente porque en cuanto a la regulación de la transferencia inmobiliaria no varían en nada, más bien, el texto íntegro es el mismo.

El Código Civil chileno²⁷⁷, Promulgado el 14 de diciembre de 1855, en *vacatio legis* hasta el 01 de enero de 1857, fue obra de un único autor, el insigne jurista don Andrés Bello²⁷⁸, considerado por Brito como el “Bello codificador del Derecho Civil”. En buena medida la magistral elaboración de Bello se debió a que fue un excelso cultor del Derecho Romano y asiduo lector de la cultura clásica, cuya proyección se halla en

²⁷⁷ Cfr. Congreso Nacional de la República de Chile (diciembre 14 de 1855). *Código Civil de la República de Chile*. Santiago de Chile, Imprenta Nacional (mayo 31 de 1856). https://books.google.cl/books?id=jIYzAQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summ ary_r&hl=es#v=onepage&q&f=false (31/01/2021)

²⁷⁸ Una amplia reseña del proceso de codificación y el aporte del excelso romanista sudamericano puede leerse a Amunátegui (1885) pp. 137.

su Código, de manera que es considerado una obra maestra del equilibrio jurídico, en términos de Oviedo-Alban (2009):

(...) expresado en un original lenguaje clásico, elegante, correcto y preciso, a veces rítmico, y distribuido en un sistema armonioso y equilibrado de cuatro libros (...) cuya formulación se mantiene en el justo nivel de generalidad, sin llegar a la abstracción exagerada, y sin caer en el casuismo ni en la reglamentación (p. 354)

A pesar de siglo y medio de su emisión, el Código de Bello, sigue en pie, salvo algunas modificaciones puntuales introducidas para adecuarlo a las exigencias contemporáneas, especialmente a las exigencias del complejo siglo XXI, habiéndose refundido mediante el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 1, del año 2000, que recogiendo y sistematizando las diversas modificaciones fija su texto vigente (DFL 1, 2021)²⁷⁹, establece una operación legislativa análoga a lo que en el Perú es la emisión de los textos únicos ordenados (TUOs).

El complejo sistema de transferencia inmobiliario concebido e instaurado por Bello ni fue alterado por las modificaciones, ni por la refundición en el pórtico del nuevo milenio. En términos de Rossel (2009), Bello cristaliza que al instaurar el sistema registral constitutivo sobre bienes raíces, se inspiró en la Ordenanza prusiana de 1783 de Federico II, sin embargo, no lo extrapoló irresponsablemente, cual “mero importador de chucherías extranjerizantes”, sino que supo adaptarlo a las costumbres y necesidades del desarrollo jurídico de la sociedad chilena.

Bello no sólo se inspiró en la ordenanza prusiana, sino a nuestra consideración, más en el Código Civil austriaco (*ABGB*). Esta postura tiene respaldo en que durante la gesta de aquel genio estaba vigente desde 1811, por otro lado, la fórmula legal de la *traditio* expandida en su significante hasta la inscripción registral comparte la misma estructura que el Art. 431 del *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*. Veamos: el Código Civil de don Andrés, inicia regulando en su Art. 588²⁸⁰ las

²⁷⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (enero 31 de 2021). *Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil*. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (30/05/2000). Ministerio de Justicia. Desde: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> (02/02/2021).

²⁸⁰ “Artículo 588. Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

modalidades de adquisición originarias y derivadas, reconociendo expresamente en el segundo grupo a la *traditio*, más específicamente porque el Art. 686 es demasiado análogo al referido Art. 431, pues señala que “*Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos*”. Nótese que al igual que el *ABGB* el modo que origina la transferencia de dominio es la inscripción registral del título que le sirve como la causa remota. No se debe perder de vista que también hallamos una diferencia semántica, pues a pesar que el *ABGB* establece que la inscripción registral causada configura el traspaso dominical inmobiliario, que este es el modo, sin embargo, a tal acto no es rotulado como *traditio*, en cambio el Código de Bello sí al acto de inscripción lo nomina como *traditio* de bienes raíces.

Es evidente, entonces que Bello amplió el significado de *traditio* que antes comprendía sólo a la entrega material o ficta (*verbigratia* la *traditio* instrumental), pasó también a comprender a la inscripción registral, en buena cuenta algunos autores sostienen que ésta también es una forma de *traditio ficta*. Al margen de esas disputas teóricas, queda claro que el concepto *traditio* como significante fue ampliado hacia un fenómeno que nunca antes había guardado relación con la entrega, de tal suerte que en adelante una de sus acepciones jurídicas pasó también a ser la inscripción registral, en síntesis, la *traditio* pasó también a significar inscripción registral; hay una reformulación expresa del sistema del título y modo, pues el modo de la transferencia inmobiliaria está expresado en la inscripción registral. Hacia esa tendencia aporta Barrientos que la revisión histórico-dogmática de la *traditio* y el Código de Bello, representan uno de los virajes más significativos en la transferencia inmobiliaria pues “tiene mucho más de cambio que de continuidad y evolución” (Cit. por Sepúlveda, 2009, p. 11)

La vocación romanista del Código de Bello es notoria desde que el Art. 670²⁸¹ recoge la definición estandarizada, como un modo de transferencia del derecho de propiedad sobre las cosas expresada en la entrega de aquella por quien tiene la facultad de ofrecerlo en traspaso dominical, con esa intención a favor de otro quien actúa premunida

(...)

²⁸¹ “Art. 670. La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”

de capacidad y propósito de tomarla en dominio. Quien podría cuestionar que aquella es una reproducción e instauración de las viejas definiciones del Derecho intermedio, primero por cuanto establece que es un modo de adquisición el derecho, esto es, tradición traslativa en contraposición a la *nuda traditio*, por otro lado, reproduce todos los elementos de la *traditio* traslativa romana, como son la entrega y el *animus transferendi et accipiendi domini*. Se le llama tradente o *tradens* al que transfiere el dominio mediante la *traditio* y adquirente o *accipiens* al que obtiene la propiedad en consonancia a la entrega dominical (Art. 671).

Barrientos (2003, pp. 67-107) explica ampliamente la evolución de los elementos esenciales de la *traditio* en el proyecto de codificación que originó el Código de Bello, que se puede sintetizar en:

- (a) Asevera que “siempre que hay tradición, hay entrega”, la *traditio* en esencia consiste en *factus tradendi*, es decir, concebida exclusivamente como modo de adquirir a través del traspaso de la cosa de una mano a otra, aspecto que lo diferencia de cualquier otro “hecho de entrega” sin aptitud dominical (Para ello se ampara en Rodríguez, 1933).
- (b) El otro rasgo que diferencia a la *traditio* de cualquier otro *factus tradendi* con vocación dominical es que la *traditio* es hecha por el dueño de la cosa, que es la auténtica expresión de la fórmula de Ulpiano por la cual, nadie puede transferir mas derecho del que ostenta²⁸², que en buena medida conlleva a que si la entrega no es realizada por el dueño o su representante, no hay *traditio* dominical, sino sólo *nuda traditio*, con el corolario que aquella exigencia recaye sobre el modo, antes que sobre el título. Esto es el testimonio más excepcional que la ruta seguida por Bello estuvo muy alejada o contrapuesta al *Code* que con la adjudicación de efectos reales a los contratos denotaba su raigambre romano-vulgar. De la misma forma la *traditio* realizada por un mero poseedor o tenedor sin ostentar representación alguna del dueño, no constituye

²⁸² El autor considera que Bello recogió el pasaje de Ulpiano, D. 41.1.20, que señala “La tradición no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe” (Barrientos, *Ibidem*).

una *traditio* traslaticia, pues quien lo recibe también recibirá la mera posesión o tenencia.

- (c) Además, el otro elemento de la *traditio* es que sea realizada por quien detente de facultad de transferir el dominio y que lo realice con tal intención. La facultad está referida a la facultad enajenativa y la capacidad de ejercicio de tal facultad, arista que también recae sobre el modo, más que respecto al título, en consecuencia, la *traditio* que es realizada por un no dueño no es inválida, sino carente de vocación traslaticia, además, pasible de ratificación y con efectos retroactivos. La intención de transferir existe cuando le precede un título traslaticio que le origina al servirle como causa, aunque según Guzmán las intenciones de transferir y adquirir deben concurrir en el acto de entrega, ya que un título inválido no puede fundar aquella intención.
- (d) Afiliándose a la tesis de Gaete, consideran que la *traditio* es un acto jurídico bilateral, orientada a extinguir la obligación de entrega nacida de una causa precedente que consta en el título que generó una relación obligatoria, entonces, ostenta una función dual, por un lado, es pago o *solutio* y, por otro lado, goza de efectos adquisitivos a favor del *accipiens*.
- (e) Finalmente, debe concurrir capacidad e intención de adquirir, que conlleva a la necesaria concurrencia de la capacidad de goce en el *accipiens*, es decir, quien recibe la cosa debe hacerlo con el propósito de adquirir el dominio, que se verifica con el título causal que condujo a la *traditio*.

Gaete (1992) defiende la tesis que, a pesar de algunas puntuales diferencias, la definición formulada en el Art. 670° del Código de Bello es idéntica a la concepción de la *traditio* en el Derecho Romano. Para él, aquél viejo instituto jurídico, además de constituir un acto jurídico bilateral de pago con intervención del *tradens* y *accipiens* orientada a extinguir una relación jurídica obligatoria previa, constituye un medio de transferencia de propiedad. Ello presupone según su entendimiento que el *tradens* debe ser dueño y tener plena capacidad de ejercicio y disposición, el adquirente también debe tenerla. El elemento más relevante, además, es la entrega, que a diferencia del Derecho Romano no precisa que sea real, pues de conformidad con el Art. 684.1, mas bien, es suficiente que signifique la transferencia del dominio volcada a través del

abandono a favor de otro que puede darse: (a) permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente, (b) mostrándosela, (c) entregando las llaves del lugar donde esté guardado o almacenado la cosa, (d) encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido, (e) variación del título posesorio desde la posesión a título propio a posesión por cuenta de otro. Finalmente, considera el Autor que el presupuesto también determinante que exige el Código de Bello es que, de conformidad con el Art. 703.3 es la concurrencia de la intención de transferir en el *tradens* y la de adquirir en el *accipiens*, que en buena cuenta estará expresado en el título traslativo previo que le sirve de causa y además debe ser válido (pp. 68-73).

Por otra parte, el Código de Bello, en su Art. 675°, para la validez de la *traditio* exige la concurrencia de un título traslativo de dominio como la venta, permuta, donación o cualquier otro título que sirve de causa, es decir, la tradición sin causa o sin el negocio jurídico enajenatorio que lo soporte, no tiene aptitud para transferir el derecho de propiedad, así como tampoco estos contratos sin la tradición tienen esa aptitud, se exige entonces, que de modo inexorable concurren tanto el título (contrato) y el modo (tradición).

Soza y Rodríguez (2001) tampoco dudan que la *traditio* chilena es de inspiración directa en el pensamiento jurídico romano, sin embargo, consideran que la exigencia de un *animus transferendi et acquirendi dominii* resulta innecesaria pues el título traslativo de dominio exigida por el Art. 675 ya contiene la voluntad común de transferir el dominio, sospechan que para la redacción de la definición de la *traditio* Bello tuvo influencia de la *Partida 3* o el *Tratado de la Propiedad* de Pothier, siendo más segura de la segunda, dado que la primera no hace referencia al elemento subjetivo, que más bien se halla en Pothier, quien a su vez se ayudó en el Digesto 44, 7, 55-Iavol. XII *Epist*, en claro desmedro del título o causa justa. De todas formas, consideran que la *traditio* es un acto causado precisamente a tenor del referido Art. 675, desde el que se erige como su condición esencial que sea practicado por el *verus dominus* de la cosa, pues la tradición practicada por un no propietario de la cosa no genera transferencia dominical, sino se está frente a una mera transferencia posesoria. Reflejándose así la recepción del principio romanístico *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* que se halla en el texto de Ulpiano, D. 50.17.75 (pp. 706-708).

Como hemos indicado, Bello plasmó en el Artículo 686° una forma especial de *traditio* respecto a los bienes inmuebles constituyó una importante variación similar al *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* de 1811. El concepto de tradición en esta legislación ha variado por ampliación del significado jurídico, pues no constituye únicamente la entrega del bien, sino refiere también a la inscripción registral, para estas legislaciones la transferencia de la propiedad sobre bienes inmuebles se produce bajo la concurrencia de un contrato, seguida de la inscripción registral que se ha tornado en una forma de tradición.

Bello se inspiró en el derecho de investiduras germanas, pero también conservó el espíritu romanista en la transferencia con el rol de la posesión, de tal manera que la inscripción es *traditio* y la *traditio* se entiende realizada mediante la inscripción registral; además, las investiduras yuxtaponen inscripción registral y posesión, de tal modo que la inscripción registral es constitutiva no sólo del dominio, sino también es constitutiva de la posesión, una posesión legal que es protegida contra la posesión material o posesión efectiva (Rossel, 2009, *Ibíd.*)

Acorde con una importante proximación histórica a la instauración del sistema registral constitutivo en el contexto de la elaboración del Código de Bello existían como en toda ex colonia española, los registros de censos e hipotecas, mientras que se aceptaba las diversas manifestaciones de la *traditio* inmobiliaria. Bello, se inspiró en la Ordenanza de Federico II de Prusia (1873) y el *ABGB* de 1811 para instaurar un nuevo sistema de *traditio* de bienes raíces basado en la inscripción registral, diferente a la inscripción de hipotecas y censos. Sin embargo, Bello se encontró con una dificultad que la inscripción como garantía de propiedad conllevaba a la necesidad de justificar la realidad y valor de sus títulos, en cambio si a la inscripción conservatoria se le otorgaba la mera función de *traditio* en sus propios términos la posesión conferida mediante la inscripción deja subsistente los derechos del verdadero propietario, que se extinguiría sólo a través de la prescripción. La obligatoriedad de la inscripción conllevaría a que pasado un tiempo todos los bienes raíces se hallarían inscritos. Con esa fórmula Bello aspiraba a que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos, la que de cierta forma fue realizada. Inicialmente, el codificador concibió establecer una dualidad de regímenes, el de inmuebles inscritos e inmuebles no inscritos, por lo menos así estaba diseñado en los proyectos del Código, sin embargo,

en últimas instancias se decidió por la *traditio* registral para todos los inmuebles, seguramente apostando hacia la pronta incorporación de todos los bienes raíces al sistema registral. Su apuesta fue fructífera, pues el sistema de transferencia ha funcionado casi a plenitud salvo defectos casi imperceptibles. (Soza y Rodríguez, 2001, pp. 709-711).

La circunstancia que la tradición es la que inexorablemente genera la transferencia de propiedad, pues antes de ella no se tiene más que una relación obligatoria, y como quiera que en el Código de Bello la inscripción registral también constituye una de las variantes o formas de la tradición, define que el sistema adoptado es el sistema constitutivo, toda vez que la inscripción es la que constituye el derecho de propiedad, como reiteramos, previa a ella sólo se tiene derecho a la prestación del deudor, más no a un derecho real, lo que recién nace con la inscripción registral, habida cuenta que el registro no se limita a declarar un derecho nacido fuera, como en las otras legislaciones ya estudiadas, sino que ha sido erigido como una etapa trascendental y definitiva en el complejo iter transmisorio, pues ella es la que convierte la mera relación obligatoria en un derecho real de propiedad.

Cabe aclarar que si bien el Código de Bello instauró un sistema registral constitutivo, no obstante, no se asemeja al sistema de transferencia inmobiliario alemán, en el cual también el sistema registral es constitutivo, pero cuyo sistema de transferencia, como ya hemos tratado ampliamente, es abstracto, toda vez que la compraventa, la donación o cualquier contrato enajenatorio no sustenta la inscripción registral, sino que la inscripción registral se sustenta en el denominado acuerdo real (*Auflassung*) que es la intención de transferir y adquirir del enajenante y adquirente, respectivamente, sin expresar a causa de que se efectúa la transferencia, es decir, un sistema que se abstrae o desliga de su causa; en cambio, en el Código de Bello que venimos comentando, la inscripción registral (tradición en su expresión ampliada) se sustenta en un contrato enajenatorio (compraventa, donación, permuta, transacción, etc.), en síntesis, la inscripción de éstos actos es lo que genera la traslación del derecho de propiedad a favor del adquirente, aquella, además es causada.

En el Código de Bello, no hay ninguna referencia a la eficacia inter - partes o efectos contra terceros de la propiedad transferida, toda vez, que de partida reconocen una

única forma de propiedad la que tiene eficacia *erga omnes*, en cuanto la inscripción registral es el modo más superior de constituir dicho derecho, habida cuenta que incluso para el perfeccionamiento del contrato de compraventa (sin tener aptitud traslaticia) requieren que se otorgue la escritura pública correspondiente, esto es, recién con el otorgamiento de la escritura pública la compraventa surtirá su efecto de generar la relación jurídica obligatoria, mientras que recién, con la inscripción (considerada *traditio*) de dicho negocio, se transferirá el derecho de propiedad a favor del adquirente.

Algo que no se debe pasar por alto es la naturaleza jurídica que la *traditio* detenta acorde con la doctrina chilena. Al respecto Soza (2003) abunda que desde la perspectiva que el acto jurídico en la doctrina comparada está referido a hecho jurídico humano, mientras que el acto jurídico en la doctrina local está referido a lo que en el derecho comparado se le conoce como negocio jurídico²⁸³, la *traditio* es un mero hecho jurídico más no un auténtico negocio jurídico, pues se caracteriza por la producción de efectos jurídicos atribuidos por la ley, mas no resulta determinante la voluntad que las partes hayan expresado, en sus propios términos:

Tradicionalmente se dice que lo que determina la existencia de un acto jurídico es la voluntad, una voluntad que se manifiesta a través de una declaración en la que el o los declarantes autorregulan sus propios intereses y objetivos, mientras que en el hecho jurídico, las consecuencias jurídicas están predeterminadas, de modo que a la ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino más bien, el comportamiento externo. En este sentido, pues, decimos que el título es el acto jurídico, mientras que la conducta de permitir la aprehensión material de la cosa, trasladándola a la esfera de poder del adquirente, no tiene una voluntariedad consistente desde el punto de vista jurídico, sino esencialmente dependiente, en otras palabras, el efecto de la adquisición de dominio se produce porque la ley lo dispone sobre la base de la existencia del título válido y del resto de los factores antes descritos (pp. 294-295).

La autora deja aclarado que a diferencia de lo que sucede en la legislación germana, la *traditio* concebida en el Código de Bello no puede ser considerado propiamente un

²⁸³ La analogía que formula Soza también es aplicable a la definición de la nomenclatura de acto jurídico que la legislación y doctrina peruana le han otorgado al negocio jurídico, pues casi hasta entrado el S. XXI, se le llamaba simplemente acto jurídico, en consonancia con la denominación adoptada en el Código Civil de 1936 y el de 1984, sin embargo, pronto apareció en la escena el concepto negocio jurídico que había sido ya preconizada por Taboada y la doctrina lo tiene como un término acentuado en la actualidad, pese a que en el Código Civil sigue vigente la nomenclatura acto jurídico.

negocio jurídico, sino meramente un hecho jurídico. Porque en el sistema alemán, la *Auflassung* en tanto ya alberga la voluntad trasmisiva y adquisitiva, además no guarda relación de dependencia respecto de la causa que la sustenta, sino que guarda absoluta autonomía, es entendida como un negocio jurídico de disposición. La *traditio* del Código de Bello es causada, lo que significa que no hay una voluntad dispositiva autónoma respecto a la causa, más bien la voluntad dispositiva y adquisitiva que se presenta en la *traditio* guarda relación de dependencia respecto a la causa que lo origina. Como se aprecia, la que ostenta la cualidad de negocio jurídico no es la *traditio*, sino que aquello es más un atributo del título, no envano se le identificado como negocio jurídico causal. De todo ello se desprende que las tesis que consideran *traditio* no puede ser estudiada a la luz de los vicios del consentimiento ni de la teoría de la nulidad del negocio jurídico, sino de la inoponibilidad en tanto la falta de disposición (por ejemplo) es una falla en su ámbito externo, pues la *traditio* no será nulo, más bien, producirá algunos efectos, como la de otorgar posesión con vocación *ad usucapionem*. La autora cierra la tesis invocando a recordar que la *traditio* para sus efectos traslativos dominicales depende esencialmente del título (Soza, 2003, pp. 296-302).

Resulta obvio que la exigencia inscripción registral como elemento condicionante del perfeccionamiento de la transferencia supone también la observancia de una formalidad solemnitaten, esto es, que el título causal o negocio jurídico dominical que se va a inscribir debe constar en escritura pública. Así, de conformidad con el Art. 1801²⁸⁴ a pesar que la venta, en general, se perfecciona por el mero consentimiento, cuando tenga que por objeto bienes raíces, su perfeccionamiento precisa del otorgamiento de escritura pública, el Artículo 1898²⁸⁵ establece la misma formalidad *ad solemnitatem* respecto al contrato obligatorio de permuta; mientras que el Art.

²⁸⁴ “Art. 1801. La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio; salvas las excepciones siguientes.

La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

²⁸⁵ “Art. 1898. El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para perfección del contrato ante la ley, será necesaria escritura pública.”

1400²⁸⁶, para el perfeccionamiento de la donación de bienes raíces exige, además de la escritura pública, la inscripción en el registro inmobiliario.

El sistema de transferencia instaurado por el código chileno es un sistema complejo. En principio, se aprecia que los contratos de compraventa, permuta y donación, no se perfeccionan si no se han celebrado mediante escritura pública, aún cuando ya estén perfectas, es decir, aún cuando ya consten en escritura pública, en tanto mero título carecen de eficacia traslativa inmediata, pues la transferencia de dominio a favor del comprador queda diferida hasta el modo consistente en la *traditio* que se entiende realizada mediante la inscripción registral.

(xii) El Código Civil de Colombia (1873).

En el Nuevo Reino de Granada, así como en toda la colonia española sudamericana estuvieron vigentes las leyes españolas y las leyes indianas, especialmente las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias. Después de la independencia, Bolívar desde 1829 en la Gran Colombia y Bernardo O'Higgins desde 1822 en Chile habían designado comisiones para la adecuación y adopción del Código de Napoleón. Sin embargo, no será sino recién en 1856 que el excelso jurista Bello concluyó un auténtico y novísimo Código Civil, luego los Estados miembros de Colombia fueron adoptándolos poco a poco, hasta que en 1873 el Gobierno Nacional adoptó como Código Civil de los Estados Unidos de Colombia el Código de Bello (Hinestrosa, 2005, pp. 5 y 9). Es valedero introducir la aclaración que la adopción de 1873 fue por la Unión, recién en 1887 para toda la República, desde el que viene rigiendo por un siglo y medio (Cárdenas, 2020, p. 10).

La adopción del Código Bello en Colombia fue casi en su literalidad y con escasas modificaciones, mediante la Ley N° 84, 1873²⁸⁷. A pesar de haber transcurrido casi un siglo y medio desde su adopción y a pesar de los enormes cambios que ha

²⁸⁶ “Art. 1400. No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro.”

²⁸⁷ Gobierno Nacional de los Estados Unidos de Colombia (1873, mayo 26). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial*, Año IX, N° 2867. Localizado en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111> (22/02/2021)

experimentado la sociedad colombiana, sigue vigente a la actualidad, obviamente con algunos ajustes a la sociedad contemporánea. Sus normas referidas al sistema de transferencia inmobiliaria no han sufrido variación alguna, se mantienen en su versión auténtica, inclusive en la versión más actualizada (Código Civil de Colombia, diciembre de 2020)²⁸⁸.

Así el Art. 673°, señala entre los modos de adquisición del dominio a la *traditio*, por su parte el Art. 740°, los define y establece sus elementos como modo de adquisición del dominio, reclamando en el Artículo 745° la precedencia de un título de transferencia dominical, siendo el típico caso la compraventa, estableciéndose finalmente que la *traditio* del dominio de bienes raíces consiste en la inscripción del título en el registro de inmobiliario (Art. 756°). Como se aprecia una auténtica réplica del Código de Bello.

Inclusive respecto a los bienes raíces el Código colombiano repite la formalidad de la escritura pública como condición de perfeccionamiento tanto para la donación (Art. 1457), como para la compraventa (Art. 1857) e inclusive la permuta (Art. 1956). En buena cuenta, aún cuando aquellos contratos ya estén perfectos, al igual que en el Código de Bello, la transferencia de dominio a favor del comprador queda diferida hasta la inscripción registral que como una de las formas contemporáneas de la *traditio* constituye el elemento de cierre o la consumación de aquel complejo íter trasmisivo.

En concordancia con el imperativo del Art. 131° de la Constitución colombiana referida a la actividad de los notarios y registradores, la Ley N° 1579 del año 2012, establece que la naturaleza del registro de propiedad inmueble constituye un servicio público brindado por el Estado a través de los Registradores de Instrumentos Públicos para los fines establecidos por la Ley, especialmente, la inscripción de la información inmobiliaria más relevante con la finalidad de tener una publicidad jurídica acerca de la situación jurídica de los bienes raíces (Ortiz, apoyándose en SNR, s.a. p. 7).

²⁸⁸ Senado de la República de Colombia (2020, diciembre 31). *Código Civil de la República de Colombia*. Diario Oficial N° 51544. Recuperado desde http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html (22/02/2021)

El Código de Comercio de 1971²⁸⁹ incorpora una variante importante pero confusa respecto a la transferencia inmobiliaria, pues en su Art. 922²⁹⁰, establece que la *traditio* de los bienes raíces no se realiza sino mediante la inscripción registral de los bienes continuada, además, por la entrega material, aspecto que ha merecido fuertes objeciones no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia, parece ser que entonces se tiene un régimen dual de la transferencia, así la *traditio* inmobiliaria civil exige el título que conste en la escritura pública y el modo consistente en la inscripción registral, en materia comercial, adicionalmente se exige “*la entrega material*” (Molina, 2012, p. 78).

Los fines específicos del registro inmobiliario colombiano es sintetizada de manera formidable por la citada autora Molina (2012, p. 78-80) quien resume en que cumple tres funciones:

- (a) Transferencia inmobiliaria, es decir, la inscripción registral es la forma excluyente de *traditio* de los derechos reales sobre bienes inmuebles (citando a Gómez).
- (b) Publicidad de la transferencia de los reales sobre bienes inmuebles, que le permite a cualquier ciudadano a echar mano de aquella institución para obtener la más cabal información a través de la verificación de los instrumentos públicos y tener la información sobre el historial jurídico del inmueble (p. 79).
- (c) Medio probatorio, pues de conformidad con el Art. 256 del Código Procesal Civil de Colombia, los documentos sobre los cuales la Ley precisa de inscripción registral, deberán llevar la anotación de haberse practicado dicho mandato, de lo contrario tienen eficacia restringida sólo entre las partes o sus causahabientes. Sin embargo, de conformidad con el Art. 43° del Decreto 1250-1970, los títulos sujetos a inscripción registral que no hayan cumplido con tal formalidad carecerán de mérito probatorio. El artículo 44°, además,

²⁸⁹ Presidente de la República de Colombia (1971, junio 16). *Código de Comercio*. Decreto 410, marzo 27 de 1971. Diario Oficial N° 33.339. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1971-decreto-410.htm> (23/02/2021)

²⁹⁰ “ARTÍCULO 922. <Tradicición de inmuebles y de vehiculos automotores>. La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa (...)”

priva de efectos respecto a terceros a los títulos sujetos a inscripción que no hayan cumplido esa exigencia (pp. 80-191).

- (d) Formalidad *ad solemnitatem*, pues ciertos actos jurídicos, especialmente los referidos a bienes raíces, tienen como presupuesto de existencia y validez a la inscripción registral, por lo que sin aquella formalidad no podrá hacerse mención alguna a la existencia del derecho (p. 80). En efecto, si la transferencia de propiedad no nace antes de la inscripción registral, evidentemente estamos frente a una formalidad que no sólo es *ad probationem*, sino frente a una formalidad condicionante.

El sistema de transferencia del dominio de bienes raíces colombiano, entonces, sigue el mismo complejo itinerario, primero un título el cual debe constar en escritura pública, seguida del modo o *traditio* que es la inscripción registral. Sin duda, igual que el Código de Bello, viene a ser un sistema registral constitutivo, pues sólo con la inscripción se perfecciona la transferencia de propiedad a favor del adquirente, mientras tanto, aunque se haya celebrado la venta, la propiedad permanece en la esfera patrimonial del enajenante. Además, el sistema registral no es abstracto, ni convalidante, sino una inscripción causada, pues si el título adolece de algún vicio de nulidad, permitirá la cancelación del asiento registral, con la salvedad de la tutela al tercero de buena fe.

En el contexto de lo que se conoce como falsa *traditio* y la venta de bien ajeno la Corte Constitucional Colombiana (2001), enfatizó que la inscripción registral es la única forma de *traditio*, obviamente, refiriéndose a los títulos de transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles, ello significa que el *accipiens* no adquiere más derecho del que tenía el *tradens*, si este no era un verdadero propietario a pesar de tener la posesión inscrita, no adquirirá el dominio, solución idéntica a la del Código Civil Austriaco de 1811, pero especialmente de conformidad con el histórico derecho romano (Sentencia C-174, citado por Morales, 2017, p. 27). Resulta fuera de discusión entonces el carácter no convalidante del sistema registral colombiano.

A mediados del año 2020, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sobre la base de un proyecto previo de 1983, ha presentado al Ministerio de Justicia el proyecto de reforma del Código Civil y su

unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio. Inclusive este proyecto vanguardista no establece ninguna modificación al sistema de transferencia de bienes raíces, pues conjuntamente con otras, la *traditio* permanece como fuente de la adquisición del derecho de propiedad según se lee en el Art. 294²⁹¹, el cual, además, enuncia su carácter causado en tanto en su segundo párrafo presupone la existencia de un negocio jurídico cuyo objeto sea la obligación de transferencia de la propiedad, en buena cuenta, un título. El Art. 312²⁹² ratifica las características esenciales abstraídas desde los glosadores sobre la base de la fuentes del viejo derecho romano.

Finalmente, el Art. 320²⁹³ del proyecto conserva la exigencia de inscripción registral como la forma de *traditio*, sobre los bienes raíces, con la salvedad que el sistema registral se regiría por una Ley especial. La formalidad *ad solemnitaten* de escritura pública persistiría respecto a los negocios jurídicos enajenatorios que sirven como causa o título a la *traditio*, para la venta según el Art. 706°, permuta de conformidad con el Art. 791° y la donación acorde con el Art. 814° (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 2020).

(xiii) Código Civil de Ecuador (1970)

El Código ecuatoriano es también como muchos códigos latinoamericanos una adaptación del Código modelo elaborado por Andres Bello, aunque entró en vigencia de manera tardía, 1961, fecha desde el cual, el Código pasó por reformas amplias,

²⁹¹ “Artículo 294. Son fuentes de la propiedad la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y las demás que determine la ley.

La tradición requiere un negocio jurídico previo, título, en virtud del cual el propietario se obliga a transmitir la propiedad al adquirente.”

²⁹² “Artículo 312. Por la tradición, el propietario transfiere en forma voluntaria la propiedad de una cosa a otra persona, habiendo por una parte facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Pueden transferir y adquirir, a nombre del tradente o del adquirente, sus respectivos representantes convencionales o legales.

Una tradición es inválida por falta de voluntad del tradente o de sus representantes; se valida retroactivamente por la ratificación”.

²⁹³ “4. Tradición de cosas inmuebles y muebles sujetos a registro.

Artículo 320. La tradición de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título de la tradición en el registro de instrumentos públicos.

De la misma manera se efectúa la constitución de las servidumbres, la superficie y la hipoteca, como la de los derechos de usufructo, uso o habitación constituidos en bienes inmuebles.

La ley regulará y otorgará las seguridades necesarias al registro inmobiliario”.

primero en el año 1970, luego, en el año 2005 (Torres y Salazar, 2015), posteriormente en el 2015 y la última reforma data del año 2019.

El sistema de transferencia inmobiliaria se ha mantenido incólume a la investida del tiempo y de las reformas. En efecto, el Art. 603° de su vigente²⁹⁴ Código Civil²⁹⁵, mantiene a la *traditio* causada como uno de los modos de adquisición del derecho de propiedad, el Art. 686° transcribe su definición consolidada desde el derecho romano arcaico. El Artículo 691° reitera la condición de la precedencia de un título que le sirva de causa a la *traditio* enumera como ejemplos a la compraventa, donación y la permuta que, además, es rotulado expresamente como justo título traslativo por el Art. 718²⁹⁶. Finalmente, respecto a los inmuebles o bienes raíces la *traditio* se realiza mediante la inscripción registral del título en el registro inmobiliaria tal como afinca el Art. 702 del Código materia de análisis. Este código exige también que el título, que es la causa mediata de la transferencia de propiedad inmobiliaria, se perfeccionen mediante escritura pública, tanto para la compraventa (Art. 1740°), como la donación (Art. 1416°) y la permuta (Art. 1838°).

Como es obvio el perfeccionamiento del negocio causal a través de la escritura pública no supone la transferencia de la propiedad inmobiliaria, sino de la configuración para sus efectos obligatorios, como mera causa mediata o lejana, pues la fuerza traslativa descansa en el modo que es la *traditio* expresada para el caso de los bienes raíces en la extensión de un asiento registral.

La circunstancia que la tradición es la que inexorablemente genera la transferencia de propiedad, pues antes de ella no se tiene más que una relación obligatoria, y como quiera que en las naciones que acogieron la inscripción registral como una de las variantes de la tradición, no quepa duda que ello define que el sistema adoptado es el sistema constitutivo, toda vez que la inscripción es la que constituye el derecho de

²⁹⁴ Código Civil del Ecuador al 08.07.2019. *Lexis*. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/151iS_AFztYW55EWmMC91wI02PVyVFz1T/view (02.03.2021)

²⁹⁵ Congreso Nacional de la República de Ecuador (2005, junio 24). Código Civil del Ecuador actualizada al 30.12.2020. *DerechoEcuador*. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/codigo-civil-> (02.03.2021)

²⁹⁶ “Art. 718.- El justo título es constitutivo o traslativo de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son traslativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos.”

propiedad, como reiteramos, previo a ello sólo se tiene derecho a la prestación del deudor, más no a un derecho real que recién nace con la inscripción registral, habida cuenta que el registro no se limita a declarar un derecho nacido fuera, como en las otras legislaciones ya estudiadas, sino que ha sido erigido como una etapa trascendental y definitiva en el complejo iter transmisivo, pues la extensión del asiento registral es el que cumple la función de transmutar la mera relación obligatoria en un derecho real de propiedad.

Cabe aclarar que si bien los códigos de la familia Bello tres de ellos instauran un sistema registral constitutivo, no obstante, no se asemejan al sistema de transferencia inmobiliario alemán, en el cual también el sistema registral es constitutivo, pero cuyo sistema de transferencia, como ya hemos teorizado, es abstracto, toda vez que la compraventa, la donación o cualquier contrato enajenatorio no sustenta la inscripción registral, sino que la inscripción registral se sustenta en el denominado acuerdo real que es la intención de transferir y adquirir del enajenante y adquirente, respectivamente, sin expresar bajo qué fuente se efectúa la transferencia, es decir, un sistema que se abstrae o desliga de su causa; en cambio, en los tres códigos latinoamericanos que se ha comentado, la inscripción registral (tradicción en su expresión ampliada) se sustenta en un contrato enajenatorio (compraventa, donación, permuta, transacción, etc.), en síntesis, la inscripción de éstos actos es lo que genera la traslación del derecho de propiedad a favor del adquirente.

Finalmente en estos códigos, no hay ninguna referencia a la eficacia inter - partes o efectos contra terceros de la propiedad transferida, toda vez, que de partida reconocen una única forma de propiedad la que tiene eficacia contra la universalidad, en cuanto la inscripción registral es el modo más superior de constituir dicho derecho, habida cuenta que incluso para el perfeccionamiento del contrato de compraventa (sin tener aptitud traslaticia) se exige como condición sine qua non que la declaración de voluntad negocial conste en una escritura pública, esto es, recién con el otorgamiento de la escritura pública la compraventa surtirá su efecto de generar la relación jurídica obligatoria, mientras que recién con la inscripción (considerada tradición) de dicho negocio, se transferirá el derecho de propiedad a favor del adquirente.

4.2.4. Los sistemas de inscripción registral causada como modo de transferencia sin denominar *traditio*.

(xiv) Código Civil Brasileiro (2002).

Después del *BGB*, unas de las legislaciones civiles más completas y elaboradas es el Derecho privado brasileiro, rasgo que se manifiesta fundamentalmente por su estructura en una parte general y una parte parte especial, ello, inclusive permitió a Meira atreverse a sostener que la Parte General del código civil alemán fue influenciada mas bien por el derecho brasileiro (cit. por Schmidt, 2018, p. 35).

El caso es que el desarrollo de la parte general del Derecho Privado brasileiro data de mediados del S. XIX, como obra del fundador de la ciencia jurídica brasileira don Augusto Texeira de Freitas llamado inclusive el Savigny de las Américas (Valladao citado por Schmidt, 2018, p. 36), con notable influencia en la codificación del sector oriental sudamericano (Argentina, Uruguay y Paraguay), en esencia, un protojurista del Mercosur (De Souza, 2002, pp. 111-117), quien sobre la base de los pandectística alemana fue el prominente precursor del primer Código Civil Brasileiro de 1916, abrogado casi un siglo después por el nuevo *Codigo Civil du Brasil*, promulgada mediante la Ley²⁹⁷ N° 10.406 del 10 de enero de 2002.

El código brasileiro, no tiene un artículo que establezca expresamente su afiliación a la doctrina del título y modo, como sí lo hacen otros códigos mencionados, pero de la mirada atenta el conjunto de enunciados jurídicos de su código civil, no hay duda que tácitamente se afilia al sistema del título y modo reformulado, en el cual, la inscripción registral será el modo causado y no convalidante de mutación del derecho real de propiedad sobre bienes inmuebles. Entendemos que se adscribe al sistema de título y modo desde que lo que se inscribe justamente es un título transmisivo.

²⁹⁷ Cfr. en Presidencia de la República Subpartida de la Casa Civil para Asuntos Jurídicos de Brasil (2002). Código Civil de Brasil. *Ley N° 10.406, D.O.U de 11/01/2002*, pág. N° 1. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm (04.03.2021)

En principio, los negocios jurídicos cuyo objeto sea la mutación de derechos reales sobre bienes inmuebles, por imperativo del Art. 108²⁹⁸, deben constar en escritura pública para su validez, de lo contrario, estará incurso en causal de nulidad de conformidad con el Art. 166, incisos iv y v²⁹⁹, por inobservancia de la forma solemne.

Aún cuando el negocio jurídico haya observado la formalidad todavía no operará la mutación traslativa de derechos reales, aquel negocio valdrá como título de adquisición, como la mera causa remota o el derecho real en potencia al que se ha hecho referencia en el discurrir de esta investigación, pues el Artículo 1245³⁰⁰ dispone que la transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles opera con la inscripción del título traslativo en el registro inmobiliario. El título traslativo está constituido precisamente por los contratos con objeto de enajenación, como la compraventa, donación, permuta, aporte societario etc. que no gozan de aptitud traslativa mientras no se hayan inscrito, pues el inciso 1) del propio artículo repite un mandato que ya se desprende con claridad desde el primer párrafo, que hasta que ocurra la inscripción registral el enajenante continúa como propietario del inmueble, si bien dicha disposición incurre en redundancia, hasta cierto punto está justificada en la búsqueda de la mayor seguridad jurídica, de modo que quede lo más claro posible que la enajenación sin inscripción registral no extingue el derecho del que vende, como correlato de ello, tampoco hace adquirir el derecho de propiedad a favor del adquirente, traspaso que en definitiva nace únicamente con la inscripción registral.

En su inciso 2) del propio Art. 1246 complementa el sistema de transferencia impregnado del principio de legitimación registral pero expresada con sus propios matices, esto es, que en tanto no se haya decretado la invalidez de la inscripción

²⁹⁸ “Art. 108. Salvo que la ley establezca lo contrario, la escritura pública es inexorable para la vigencia de los negocios jurídicos que tengan por objeto la constitución, transmisión, modificación o renuncia de derechos reales sobre inmuebles con valor superior a treinta veces el mínimo más alto salario vigente en el País”.

²⁹⁹ “Art. 166. El negocio jurídico estará incurso en nulidad cuando:

(...)

iv. No adopte la forma prescrita por la ley;

v. Omite cualquier solemnidad que la ley considere imprescindible para su vigencia; (...)”

³⁰⁰ “Artículo 1.245. La propiedad se transfiere entre particulares mediante la inscripción del título trasmisivo en el Registro de la Propiedad.

1) Mientras no se registre el título trasmisivo, el alienante ha de continuar como el titular del inmueble.

Hasta que, mediante acción propia, se promueva la declaración de nulidad del registro, y su cancelación, el adquirente sigue considerándose como titular de la propiedad”.

registral y la cancelación del asiento respectivo, para todos los efectos, el adquirente conserva la titularidad, es decir, la prueba que genera la inscripción registral no puede ser desvirtuada con ningún medio de prueba, sino sólo si esta se cancela previa declaratoria de invalidez del registro.

Barbosa (2017) explica magistralmente este tema bajo el rótulo de adquisición del derecho de propiedad por registro del título traslativo. Señala que es un modo derivado de adquisición de la propiedad y está prevista en los Art. 1,245 a 1247 del Código Civil, que previamente debe haberse otorgado mediante escritura pública, por fuerza del artículo 108°. Agrega que en el sistema inmobiliario brasilero, el registro de propiedad ostenta naturaleza adquisitiva de los bienes inmuebles, puesto que el Art. 1.227 precisa que la adquisición de los derechos reales sobre bienes inmuebles, como regla general, opera por la inscripción del título y, también como fuente de adquisición del derecho de propiedad inmobiliaria conforme señala el Art. 1245. La autora coincide también con nuestra apreciación que la mera formalización del negocio jurídico (compraventa) mediante escritura pública no supone la adquisición del derecho de propiedad sobre el bien, la formalización que no ha desembocado aún en el registro otorga apenas un derecho meramente obligacional. Finaliza, advirtiendo que acorde con la jurisprudencia en caso de la venta de un inmueble a dos personas distintas la anulación del registro es improcedente, por ejemplo el STP-REsp, en la Causa N° 104200 SP1996/0051568-9, publicado el 04/09/2000, el Tribunal Superior señaló que “(...) si dos personas distintas, por escrituras públicas diversas, compraren el mismo inmueble, el primero que lograra la inscripción registral de su título será quien adquiera el dominio. Ese es el premio que la Ley confiere a quien actuó con mayor diligencia”. (pp. 52-53).

La disposición que regula la extinción de la propiedad sobre bienes es el Art. 1,275³⁰¹, el cual establece un elenco de causas, entre ellos la venta y la renuncia, que cuando estén referidos a bienes inmuebles no surtirá efectos sino desde que se practique la inscripción del título transmisible. Nótese que redundante la ausencia de fuerza extintiva

³⁰¹ “Art. 1,275.

(...)

Párrafo unico. En los casos de los incisos I [venta] y II [renuncia], los efectos de la pérdida de bienes inmuebles estarán subordinados a la inscripción del título transmisible o al acto de renuncia en el Registro de la Propiedad”.

del mero contrato de compraventa, pues a pesar que las otras disposiciones mencionadas al establecer que la transferencia opera recién con la inscripción registral llevan implícito la idea que mientras tanto también el vendedor conserva el derecho de propiedad, opta por la fórmula enfática y reiterativa que hasta cierto punto resultaba inclusive innecesaria.

La inferencia nuestra respecto a que el código brasileño adopta sistema de transferencia causalista pero con la *traditio* sustituida por inscripción registral, y no un sistema abstracto como el alemán, obedece a que, ésta no regula el acuerdo real como un negocio jurídico especial de transferencia de dominio a secas (sin causa), lo que *per se* implica la concurrencia de un título traslativo (contrato) seguida de un modo de adquisición consistente en la inscripción registral, sin cuya dualidad no puede operar esa transferencia.

Si bien, como hemos visto, éste código recoge el sistema del título y modo, al igual que el sistema de transferencia colombiano, chileno y ecuatoriano, el modo no es la tradición o entrega del inmueble, sino la inscripción registral; sin embargo, respecto a aquellos, hay una diferencia en la nomenclatura, pues en los tres códigos elaborados por Andrés Bello, la significante jurídica “tradición”, además de la entrega, es ampliada y equiparada a la inscripción registral, lo que no sucede en el código brasileño, en ella la inscripción registral y la tradición son diferentes. Sobre todo, porque de acuerdo con su artículo 1,226°, respecto a la transferencia mobiliaria señala como modo de transferencia la tradición en su sentido más auténtico (entrega posesoria), el Código Civil de Brasil, entonces, no funde tradición e inscripción registral en un solo concepto, sino que lo diferencia, es decir, para aquella legislación la tradición no comprende a la inscripción registral esta viene a ser un “modo” diferente y especial, pero “modo”, al fin y al cabo.

Confirma la tesis del título y modo, el Artículo 481° en cuanto define a la compraventa como el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir, el dominio de un bien y el otro a pagar el precio en dinero, disposición que también es aplicable sobre la permuta conforme a la remisión expresa del Artículo 533°, vale decir, la compraventa es el título traslativo de la propiedad por excelencia que seguida de la

inscripción registral hace operar la extinción de la propiedad que ostentaba el enajenante y hace adquirir tal derecho a favor del adquirente.

A consecuencia de que la transferencia opera con la inscripción registral, al igual que los tres códigos de Bello, el sistema registral es constitutivo, toda vez que no se limita a declarar un derecho que nace fuera de los registros públicos, sino que la inscripción constituye el derecho en eso se parece al sistema registral alemán, pero como ya hemos referido no en cuanto al sistema de transferencia propiamente, toda vez que el sistema brasileño es causal³⁰² y no abstracto, lo que implica que la nulidad del título causal que, por ejemplo puede ser la venta generará la cancelación del asiento registral y de ser el caso a instaurar la acción real de reivindicación; mientras que en el sistema de transferencia alemán por que la transferencia no se sustenta en la compraventa, la nulidad de ésta no origina la cancelación del asiento registral, sino que genera una acción personal de enriquecimiento sin causa que obligará al adquirente registral a retransmitir la cosa a favor del demandante vencedor, ello en tanto no haya transferido a un tercero, en cuyo caso, el adquirente demandado estará obligado a indemnizarlo, toda vez que respecto a los terceros adquirentes la impugnación de la compraventa carece de eficacia³⁰³.

(xv) Código Civil Panameño (1917).

El Código fue aprobada mediante la Ley N° 02 promulgada el 22 de agosto del año 1916³⁰⁴, sin embargo, entró en vigencia recién en el año 1917. La versión oficial más

³⁰² Coincidimos en esta postura con García (I. 2005) que el sistema de transferencia inmobiliario brasileiro se asienta sobre la base de un registro cuyo rasgo esencial es constitutivo y causalista, lo que significa que respecto a los negocios jurídicos de traspaso dominical inter vivos es constitutiva pues la inscripción sustituye a la traditio (p. 460).

³⁰³ Para una comprensión más amplia del negocio abstracto de disposición léase a (Flume, 1998, pp. 216-221).

³⁰⁴ Asamblea Nacional de Panamá (agosto 22, 2016). Código Civil de la República de Panamá. *Gaceta Oficial*, Año XIII, N° 2404. Recuperado de https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/02404_1916.pdf (10/03.2021).

actualizada que se ha localizado es del año 2009, en el portal de (órgano judicial de panamá)³⁰⁵.

Hasta la fecha verificada, no se ha hallado alteración al sistema de transferencia inmobiliaria. En principio, aquél código centenario no tiene una regulación expresa del sistema de transferencia al cual se acoge, como sí tienen los otros códigos que refieren específicamente a cómo opera la transferencia derivativa, pero de la lectura del Artículo 1215°, se entiende que por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

Es verdad que la definición de la compraventa como obligación de entrega revela el carácter puramente obligatorio del contrato, siendo una de las prestaciones esenciales del vendedor el de entregarle el bien al comprador, entrega con el cual se transfiere recién la propiedad. El asunto es que, de conformidad con su Artículo 1220° los contratos referidos a bienes inmuebles, para su perfeccionamiento exige que su celebración por escrito y siguiendo las formalidades establecidas en el Código. Una de aquellas formalidades está expresada en el Inciso 1) del Artículo 1131°, según el cual los contratos que tengan por objeto derechos reales inmobiliarios deben constar en instrumento público. Pero, el elemento de cierre e Finalmente el Artículo 1753°, expresa que el primer objeto de la existencia del registro público inmobiliario es la de servir de medio de constitución y transmisión del derecho de propiedad y cualquier otro derecho real que recaiga sobre bienes inmuebles (Inciso 1).

La inferencia más próxima que se puede extraer es que debe existir un negocio jurídico (título) con vocación traslativa (verbigracia una compraventa), que ésta conste en instrumento público y, finalmente, se inscriba en los registros públicos. La elocuencia del artículo 1753 permite asumir que el registro público no solamente declara, sino que ella forma, constituye y establece el derecho. Bajo éste supuesto, el modo, que es el otro elemento del sistema de transferencia, constituye la inscripción registral. Es decir, si bien no hay una regulación explícita del sistema de transferencia, de la lectura conjunta de los dispositivos que regulan la compraventa y la inscripción registral,

³⁰⁵ Código Civil de la República de Panamá (2009). Órgano Judicial de Panamá. Recuperado de https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CIVIL/codigo_civil.pdf (10/03/2021)

permite concluir la dualidad de la justa causa expresada en la compraventa que desemboca finalmente a la inscripción registral que generará recién la transferencia del derecho de propiedad.

4.3. EXCURSUS. EL CÓDIGO CIVIL CHINO (2020).

A pesar de no ser objeto específico de esta investigación, en aras de enriquecer la comparación jurídica de los ordenamientos, especialmente porque se trata de una novísima legislación, resulta imprescindible la referencia a la legislación civil china.

Desde la imprescindible acotación de Martínez (2020) el derecho chino puede comprenderse que históricamente surgió como una oposición entre el confucionismo y el legalismo. A través de la historia el confucionismo ha gozado de una preponderancia invasiva en la educación y la moral primigenia, mientras que propiamente el derecho ha tenido un papel relegado fundamentalmente al ámbito penal, por cuya razón, la codificación históricamente ha estado referido también más al código penal. De hecho, sostiene Fail (2000) que hasta el Siglo XX, el derecho chino fue una familia (como el angloamericano, el romano e islámico) con nula diferenciación entre lo jurídico y lo ético, que, con la supresión de la monarquía feudal, allá por los años 1912 comenzó la transición hacia el sistema jurídico occidental, promulgándose distintos códigos (1912-1928), entre ellos el Código Civil reelaborada por la Comisión designada en el año 1929 bajo el modelo del Código Alemán, significando su transición al sistema romano, que sin embargo fue interrumpida por el derecho socialista desde 1949-1979, año en el que se produce un nuevo proceso de transición hacia el modelo occidental (p. 93).

Pues así, el 28 de mayo de 2020, la Asamblea Popular Nacional de la República Popular de China (APN) aprobó el primer Código Civil, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2021, en términos del propio Li Ming, quien es miembro de la comisión que lo elaboró, viene a ser la primera ley que acoge oficialmente el rótulo de código y está orientada a proteger las relaciones comerciales y los derechos de las personas entre ellos la propiedad privada; sin embargo, el gran

reto será su aplicación independiente de los tribunales sobre quienes se cierne la sombra de subyugación hacia el partido comunista (Martínez, 2020).

Los esfuerzos de la nación china están encaminadas a mostrar la existencia de una independencia jurídica, pues en el portal de su Ministerio de Justicia se publica el slogan “*el país está completamente gobernado por la Ley*”; sin embargo, el Art. 206³⁰⁶ del Código Civil permite inferir que la columna vertebral de la economía y el derecho privado sigue siendo la propiedad pública coexistente con las otras formas de economía no pública.

La versión oficial del novísimo Código³⁰⁷ aprobado en la tercera sesión del 13º Congreso Popular Nacional el 28 de mayo de 2020, nos ofrece una clara perspectiva sobre el sistema de transferencia inmobiliaria. En primer término, su Art. 135³⁰⁸ establece la libertad de forma como regla en la celebración de los negocios jurídicos, como excepción las formas imperativas establecidas en la Ley y los reglamentos administrativos.

Para discernir el sistema de transferencia inmobiliaria de la propiedad privada resulta necesario partir por hacer notar que el Art. 207³⁰⁹ hace hincapié en una homogénea protección legal tanto a los derechos de propiedad del Estado, colectivos e individuales, sobre todo, la cláusula de prohibición de menoscabo para cualquier organización o

³⁰⁶ “Artículo 206. El Estado se adhiere y mejora el desarrollo común de la economía con la propiedad pública como principal órgano y múltiples sistemas de propiedad, con la distribución laboral como principal órgano y múltiples modos de distribución coexistiendo, y sistemas económicos básicos socialistas como el sistema económico de mercado socialista.

El Estado consolida y desarrolla la economía pública y fomenta, apoya y guía el desarrollo de la economía no pública.

El Estado implementa una economía de mercado socialista y garantiza la igualdad de estatus jurídico y los derechos de desarrollo de todos los sujetos de mercado”. (Traducción automática microsoft edge).

³⁰⁷ Congreso Popular Nacional de la República de China (junio, 01 de 2020). *Código Civil de la República Popular de China*. Ministerio de Justicia de la República Popular de China. Recuperado de http://www.moj.gov.cn/Department/content/2020-06/01/592_3249871.html (12/03/2021)

³⁰⁸ “Artículo 135. Los actos jurídicos civiles podrán adoptar formas escritas, orales u otras; Cuando las leyes, reglamentos administrativos o partes acepten adoptar una forma determinada, adoptarán un formulario específico” (Traducción automática microsoft edge).

³⁰⁹ “Artículo 207. Los derechos de propiedad del Estado, colectivos y particulares y otros derechos tienen la misma protección por ley, y ninguna organización o individuo puede infringirlos”. (Traducción automática microsoft edge).

individuo, sin embargo, la cláusula aún deja dudas sobre la protección contra el propio Estado, porque “organización” bien podría estar referido sólo a los privados.

El artículo 208° constituye la cláusula genérica de transferencia de propiedad inmobiliaria, para toda modificación, extinción y transferencia del derecho de propiedad exige su inscripción acorde a la Ley de la materia. Casi inmediatamente el Capítulo II, se ocupa del registro inmobiliario como presupuesto inexorable de la mutación de los derechos reales, cuyo artículo 209³¹⁰ reza que toda constitución, modificación, transferencia o extinción de los derechos reales inmobiliarios para que surta efectos deberá gozar de inscripción registral en el registro inmobiliario unificado de bienes inmuebles, mientras no ocurra ello, el derecho carecerá de vigor, salvo disposición legal expresa de la Ley. De igual modo, el Art. 214³¹¹ permite inferir con probabilidad cercana a la certeza el carácter constitutivo de la inscripción registral porque señala que la modificación o transferencia del derecho de propiedad inmobiliaria surtirán sus efectos recién a partir de la inscripción registral, porque, además, es sobre la base del registro inmobiliario que descansa la atribución y el contenido de los derechos de propiedad (Art. 216³¹²).

El Art. 311° regula las ventas por un no propietario, posibilitando en principio la recuperación por su auténtico propietario que, sin embargo, tiene su límite respecto al adquirente de buena fe quien, además, lo haya adquirido a un precio razonable y haya inscrito su adquisición, en cuyo caso, el auténtico titular podrá dirigirse contra el enajenante ilegítimo sólo vía acción personal reclamando daños y perjuicios, es decir, el adquirente de buena fe conservará la propiedad.

El sistema de transferencia derivativa o por traspaso entonces opera por la concurrencia del título causal que estará representada por la compraventa cuyo objeto

³¹⁰ “Capítulo II adquisición, modificación, transferencia y extinción de derechos reales
Sección I Registro Inmobiliario

Artículo 209 la adquisición, modificación, transferencia y extinción de los derechos de propiedad inmobiliaria surtirán efecto desde su registro, de conformidad con la ley; en tanto no está registrado no tiene efecto, a menos que la ley disponga lo contrario” (Traducción automática microsoft edge).

³¹¹ “Artículo 214. La adquisición, modificación, transferencia y extinción de los derechos de propiedad inmobiliaria se inscribirán de conformidad con la ley y surtirán efecto cuando se inscriban en el registro de bienes raíces.” (Traducción automática microsoft edge).

³¹² “Artículo 216. El registro de bienes inmuebles es la base para la atribución y el contenido de los derechos reales.
El registro de bienes raíces es administrado por el registro” (Traducción automática microsoft edge).

esencial de conformidad con su Art. 595° es la transferencia del bien a cambio del precio, el cual, conforme a los precitados dispositivos (Arts. 209, 214 y 216) debe inscribirse en el registro inmobiliario para la vigencia del derecho enajenado, en buena cuenta la inscripción será también en esta legislación el modo por el cual el mero derecho de crédito transmuta hacia un derecho real de propiedad.

El carácter constitutivo del registro público inmobiliario chino en realidad es de larga data, pues en los intentos de codificación del año 1939 ya aparecía dispuesto en el Art. 758 según el cual los derechos sobre bienes inmuebles que se adquieren, crean, pierden y se modifican a través de negocio jurídico, no surten efectos mientras no haya tomado lugar la inscripción registral respectiva, respecto a la donación, además, el Art. 407 ya dejaba sentado que no tendrá validez hasta su inscripción registral (Ching-Lin, Civil Code of the Republic of China, 1930, pp. 107-195).

CAPÍTULO V

PROPUESTA DE SOLUCIÓN PARA SUPERAR EL DIALELO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO PERUANO ATRAPADA ENTRE EL CONSENSUALISMO EXTREMISTA, LA INFORMALIDAD Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA.

5.1. PETRIFICACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA CONSENSUAL EN LA CODIFICACIÓN PERUANA.

Desde el primer Código Civil, el de 1852, el sistema de transferencia inmobiliario peruano no ha mostrado ningún cambio, pues se ha mantenido férreamente plegado al sistema consensual en su versión más extrema, a tal nivel que, en teoría, la venta inmobiliaria es válida y eficaz inclusive cuando se hubiera celebrado de manera oral. Esto ha conllevado a un círculo vicioso en el cual el consensualismo alimenta la informalidad y esta condiciona a mantener el sistema de transferencia consensual puesto que con la informalidad inmobiliaria resulta casi inviable emprender una reforma al sistema de transferencia, en buena cuenta como se verá a continuación, la dualidad sistema consensual – informalidad ha conllevado a que el sistema de

transferencia inmobiliaria haya quedado petrificada pese a los constantes intentos de reforma.

5.1.1. El primer Código Civil promulgada en 1852.

Gonzáles (2002) se remonta a las Pragmáticas de Carlos V de 1539 y de Carlos III de 1768, que sancionaban con ineficacia al gravamen que no se registraba, algo análogo purga de gravámenes con cada transmisión, que en buena cuenta fue un auténtico registro de inoponibilidad de lo no inscrito que en el Perú estuvo vigente no sólo hasta su independencia, pues la naciente república no contaba con normativa civil, sino inclusive hasta ser reemplazado por la primera Ley de Registro, del 2 de enero 1882, es decir, ni siquiera el Código 1852 supuso su supresión (pp. 233-236).

Es acertada la convicción de Guzmán (2001) sobre el fenómeno de codificación en América que tuvo una poderosa influencia del *Code* motivado no sólo por el prestigio político-militar de su autor, sino también, por sus intrínsecas cualidades técnicas de aquél cuerpo legal, cuanto más, por el factor extrínseco de ausencia de otro modelo a seguir en tan apremiante necesidad de dotación de un cuerpo jurídico civil a las naciones recién independizadas, dado que los otros modelos disponibles como el código prusiano de 1794 y el austriaco de 1811 lejos del pragmatismo estaban sumidas en el dogmatismo iusnaturalista además de las limitaciones del idioma. Sobre el caso peruano señala que por decreto de Ramón Castilla se constituyó hasta dos comisiones sucesivas, en 1845 que concluyó el Proyecto del Código Civil para la República del Perú que tuvo fuertes vicisitudes políticas, pues cuando el presidente Castilla ya había promulgado en 1850, fue abortada por su sucesor Echenique, constituyéndose una nueva comisión parlamentaria que fue aprobada y promulgada el 28 de julio de 1852 y rigió a partir del día siguiente. El Código, en términos del mismo Guzmán, sigue el modelo institucional gayano-justiniano de la división *personae* y *res*, por ello la distribución en tres libros: (i) de las personas y sus derechos, (ii) de las cosas y los derechos que las personas tienen sobre ellas y (iii) de las obligaciones y contratos.

Para nosotros es clara la influencia del *Code* especialmente sobre el sistema de transferencia consensualista, pues, como se puede observar, al igual que en

diversos códigos de aquella época, son varias las disposiciones que regulan la transferencia, la primera que encontramos es la referida a la donación. El Artículo 579° asume que “*Por la donación se transfiere gratuitamente á otro el dominio de alguna cosa*”; mientras que en su Artículo 596, establece que “*Sin escritura, publica, no es válida la donación que exceda de quinientos pesos*”.

Nótese que la regulación no incide en el carácter obligatorio de la donación, sino que la celebración de dicho contrato, tiene como efecto directo, la transferencia de la cosa, sólo bajo la condición que si supera los quinientos pesos éste contrato sea elevado a Escritura Pública, lo que supone que no requiere inscripción alguna, tampoco que la cosa (entre ellos los inmuebles) requiera de su entrega a favor del donatario, es decir, la figura de la *traditio* fue suprimida absolutamente, descansando todo el efecto trasmisivo de la propiedad únicamente en las voluntades que conforman el contrato de donación.

Brito (2001) rememora que la llegada del modernismo supuso para el sistema de transferencia, un cambio radical, pues significó la abolición de la *traditio* como modo de transferencia de dominio, alcanzando su máxima expresión en el *Code Civil*, erigiéndose el contrato o consensualismo con plenas aptitudes y eficacia de transferencia dominical, especialmente desde la conjunción de la corriente iusnaturalista con el derecho vulgar romano acentuada en el antiguo derecho francés. Al final supuso la eliminación del *titulus* y *modus* que se propagó en el derecho intermedio a las figuras romanas de *causa traditionis* y *traditio*. El *Code* tuvo influencia tanto en europa, pero especialmente en América, en constante lucha con el derecho castellano que había implantado la *traditio* como elemento decisivo de la transferencia.

La influencia del *Code* en la elaboración de Código Civil Peruano de 1852 es notoria, tanto que inclusive recoge el aspecto dubitativo sobre la eficacia traslativa de la compraventa ya que en su Artículo 1305° anota como su cualidad esencial como un contrato por el cual alguien se *obliga a entregar una cosa*, reluciendo su cualidad obligatoria pero también la libertad de forma, pues era admisible, inclusive su conclusión de manera oral. A diferencia de la donación, la redacción establece el efecto obligatorio del contrato.

La regulación no enfática le permite a Brito (2001) sostener que el Código peruano de 1852, teóricamente guardó alguna fidelidad con respecto al derecho romano y castellano, pues el Art. 571° refiere a la enajenación como la transferencia por donación, venta o permuta, él cree encontrar en la “enajenación” una referencia a la *traditio* romana, que, además, según el Art. 574³¹³ es entrega material; sin embargo, le llama mucho la atención que el Art. 1308° recoge el consensualismo puro, por el cual, "En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago de precio", lo que considera una grave contradicción.

El referido Art. 1308° del Código Civil Peruano sigue la fórmula de ficción análoga a la del Artículo 1138 del Código Napoleónico. Se entiende que la transferencia de la titularidad real operaba, coetáneamente a la formación del contrato, esto es, una vez consensuado, la transferencia se producía antes de la fase de ejecución del contrato, antes que el vendedor efectúe la entrega y antes que el comprador pague el precio, tampoco exigía ninguna inscripción registral, además, el contrato no reviste ninguna formalidad de observancia obligatoria, la transferencia de la propiedad puede realizarse inclusive bajo un contrato verbal.

Así como el romanista chileno Brito halló en el Art. 574, advertimos otra incongruencia entre las disposiciones referidas hasta aquí frente a lo establecido por el Artículo 1362° según el cual “*La entrega es la traslación de la cosa vendida al poder del comprador*”, si es que la compraventa pura y simple, sin necesidad de entrega hacía operar ya la transferencia de propiedad, entonces ¿Qué se trasladaba mediante la entrega? Había una sensación de incertidumbre, toda vez que el poder más importante sobre la cosa, esto es, el poder de disposición, ya se encontraba en la esfera del comprador, igualmente, el poder de otorgar garantías y arrendamientos; todo ello, nos lleva a pensar que la entrega estuvo referida a la puesta de la cosa en posesión del comprador.

El otro dispositivo que refiere a la transferencia inmobiliaria es la que regula la permuta, respecto a ella, el Artículo 1523° expresaba que “*es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra*”. Al igual que respecto

³¹³ Art. 574. La enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño.

a la norma que regulaba el contrato de donación, está claro que la celebración del contrato importa la transferencia misma de la propiedad, sin embargo, a diferencia de la donación, no precisa que su celebración sea mediante Escritura Pública, en consecuencia, siendo que la regla es la libertad de forma en la celebración de los negocios jurídicos, queda claro que la transferencia podía realizarse aún de manera oral.

Pese a que se observa una redacción diferente de las normas que regulan la donación, permuta y la compraventa, queda claro que la celebración del contrato importaba a su vez, la transferencia de la propiedad respecto a las cosas inmuebles, sin la necesidad de entrega del bien, o su inscripción registral, por último, ni siquiera el pago del precio, la voluntad de enajenar y adquirir era suficiente, lo que sitúa al Primer Código Civil Peruano (1852) como una que adopta el sistema consensual.

Entre los autores peruanos Castillo (2007) enfatiza que el código de 1852, en su libro tercero, regula a la compraventa entre los contratos consensuales, estableciendo en el Art. 1305 el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de bienes, guardando la más absoluta fidelidad al Código Napoleón, además, la doctrina coincide en que el Art. 1306 establecía el sistema espiritualista o francés, pues con el simple acuerdo de las partes sobre la cosa a transferir y el precio a pagar por ella, ya se concebía transferida la propiedad sin necesidad de entrega posesoria del inmueble. La versión más radical del consensualismo se mantuvo, puesto que cuando entró en vigencia el código peruano, aún no se había producido la modificatoria francesa de 1855, que introdujo la transcripción registral para la validez de la transferencia respecto a terceros (p. 27).

González (2002) no duda que el Código de 1852 sustituyó la teoría del título y modo por el sistema de transferencia consensual, además, nos proporciona un dato muy importante, que el 2 de enero de 1888 el entonces presidente Andrés Avelino Céspedes publicó la Ley de Creación del Registro de Propiedad Inmueble que fue, según sostiene, una remembranza de la Ley Hipotecaria española de 1861 y 1869, cuyos artículos 2 y 3, señalan entre otros actos registrables el contrato de enajenación y los demás títulos traslativos de dominio, especialmente el Art. 7° por el cual carecería de oponibilidad respecto a tercera persona, el dominio, los derechos reales y cualquier

título que no esté debidamente registrado, que sin embargo, no fue bien entendido por la comunidad jurídica, aunque mediante aislada jurisprudencia se estableció que el sistema consensual permite procurar la transferencia inmediata para las partes contratantes, pero, frente a terceros requería de inscripción registral, acogiéndose así a la concepción relativa que se obtiene consensualmente frente a la propiedad plena que se alcanzaba con la inscripción registral (pp. 239-256).

La observación más importante que se debe anotar sobre este Código es que el sistema de transferencia consensual fue instaurado de manera extremista, es decir, a tal nivel que el consenso alcanzado oralmente gozaba de aptitud para traspasar el derecho de propiedad desde el enajenante al adquirente, pues no hay ninguna disposición para que sea realizada por escrito, ni se observe formalidad alguna.

5.1.2. El Código Civil de 1936.

A los 30 días del mes de agosto de 1936, el presidente O.R. Benavídez, mediante la Ley N° 8305, promulgó el código en mención (Ley N° 8305, 1936)³¹⁴. La primera observación trascendental que se puede efectuar es que dicho código, no regulaba las formas de adquisición diferenciándolos en originarias y derivadas.

Casualmente, el sistema de transferencia no fue regulado en el Libro de Derechos Reales, sino en el de obligaciones de dar. El Artículo 1172°, señalaba que “*La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario*”. Se observa una mejor sistematización con respecto al vetusto Código de 1852, toda vez que supera la desordenada regulación efectuada en él, por cuanto recoge en un artículo específico en qué momento o bajo qué presupuestos se transfiere el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles, centrandolo todo en la “obligación de enajenar” que puede generarse por múltiples negocios celebrados con tal propósito, por ejemplo, la compraventa, donación, permuta, aporte societario, dación en pago, etc.

³¹⁴ Congreso Constituyente del Perú (1936). *Código Civil del Perú, Ley N°. 8305*. Congreso de la República del Perú. Recuperado de <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006679/index.html> (01/04.2021)

La compraventa seguía definida como un contrato con efectos obligatorios, pues el Artículo 1383 señalaba como un negocio jurídico por el cual una parte llamada vendedor *se obliga a transferir el derecho de propiedad de una cosa* a cambio de un precio. La permuta también fue definida con efectos obligatorios, pues el Artículo 1465, establece que se regula por las disposiciones de la compraventa, en tanto que por la donación de acuerdo a su Artículo 1466 “...una persona *trasfiere a otra gratuitamente alguna cosa*”, manteniendo la aptitud de configuración “real” de dicho contrato.

El profesor Castillo (2012) nos refresca la memoria respecto a la discusión que tuvieron los forjadores del éste código, así señala que el ponente Manuel Augusto Olachea y Olachea fue un ferviente partidario del sistema de la *traditio*, que inicialmente asumió la comisión, sin embargo, él mismo, cuando se trató de la tradición inmobiliaria, en el acta de la 120ª sesión (12/08/1925) se adhirió al sistema consensual francés en su versión atenuada mediante la Ley de transcripción de 1855, descartando inclusive el sistema argentino y el sistema español por la polivalencia de la fórmula de la *traditio*, postura respaldada por Juan José Calle mediante memorándum del 02/09/1925, agregando que debe coexistir con la inscripción registral. En la orilla opuesta estuvo Alfredo Solf y Muro, cuando en su Memorandum del 19 de agosto del mismo año, propuso una fórmula dual en la transferencia inmobiliaria, que se erija sobre la base de la segregación de inmuebles inscritos y no inscritos, con la fórmula de inscripción registral para los primeros y la regla consensual para los segundos, particularizando que no se debía extremar hasta acercarse al registro alemán o suizo, sino más bien, a la brasileña que no requería de declaración ante el registro, sino sólo de la presentación del título. La posición gozó del respaldo de Pedro M. Oliveira. Sin embargo, la Comisión Reformadora se decantó por el sistema francés recogiendo la ponencia de Olachea que según el *Code* “la propiedad de los inmuebles se trasmite como efecto de la estipulación. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada”, añadiendo que, efectivamente, fue modificado por la Ley de transcripción de 1855, desde el cual respecto a terceros priva de oponibilidad al derecho huérfano de inscripción registral, cuidando el interés general, descartando el sistema de la *traditio* bajo el supuesto de su inferioridad respecto al sistema francés y su ineficacia publicitaria, así como la imposibilidad de

instauración de un sistema basado en la inscripción registral por ausencia de un clima propicio como la inexistencia de títulos idóneos, ausencia de notarios, abogados y la precariedad de la propia institución registral (pp. 22-25).

Coincide con el autor precedente el profesor González (2002) respecto las posturas de los redactores precitados, sin embargo, aclara que Olaechea simpatizaba con las bondades del sistema de inscripción, pero consideró inviable implantarlo por la difícil geografía y la escasa cultura jurídica, optando por la conservación del sistema consensual aparejado a la Ley del Registro de 1888, según su versión, ostentaba una inspiración francoespañola, por el cual la transferencia convencional opera entre las partes y a través del registro respecto a terceros. La comisión, señala el autor amparándose en Cárdenas, al existir un empate decidió consultar a profesores de Derecho Civil, Registradores y magistrados, estos mostraron desconfianza sobre el sistema de inscripción registral constitutiva, la que fue determinante para su descarte fundado en la orfandad de catastro, deficiencias en los títulos dominicales, falta de personal registral capacitado, abogados, notarios, sobre todo, que el Sistema Torrens suponía la garantía del Estado que no estaba en condiciones presupuestales de asumirlo. De ese modo se conservó el sistema consensual, recogiendo también los lineamientos de la Ley de 1888, el reglamento orgánico del mismo año y el de 1905, recogiendo así los elementos del sistema registral germánico como el folio real, tracto sucesivo (Art. 1047), prioridad registral (Art. 1050), presunción de exactitud y más radical de todos ellos que es la fe pública (Art. 1052) (pp. 269-271).

Esa combinación indiscriminada explica también, que no obstante que la sola obligación de dar importa la traslación del derecho de propiedad, el Artículo 1174°, recoge un sistema incompatible a ella, esto es, el sistema de prevalencia de títulos o llamada concurrencia de acreedores o doble venta, la incompatibilidad de los sistemas radica en que, el sistema consensual otorga aptitud traslativa al contrato que contenga la “obligación enajenatoria”, mientras que el sistema de prevalencia de títulos la niega por cuanto ante una eventual obligación a diversos acreedores, sobre un mismo bien inmueble, ese mismo contrato que tenía efectos traslativos, deja de tener esa aptitud para convertirse en un mero contrato obligatorio, dando paso a la prevalencia a la inscripción registral. La inconsistencia interna se agrava si se considera el principio de

presunción de exactitud, pues se hace insuperable en la combinación de un sistema consensual puro y un sistema registral con elementos de cuño germánico.

El código materia de comentario, en su Artículo 1050, recogía también, otro sistema que complementa al sistema consensual puro, esto es el sistema de inoponibilidad del derecho no inscrito, por el cual, *“Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derecho sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”*, lo que supone que si pese haber operado ya la transferencia a favor de un primer adquirente, éste no podría oponer ese derecho adquirido si a quien quiere oponerle ya tiene inscrito el suyo con anterioridad al de aquél, por más que el derecho del opuesto sea de adquisición posterior; vale decir, hay una tibieza que el consenso genera transferencia entre las partes, si no es que mas bien sólo genera una expectativa del derecho de propiedad.

El aludido sistema de inoponibilidad de lo no inscrito, estuvo complementado por el **Sistema Inatacabilidad del Tercero Registral** recogida en su Artículo 1052, según el cual, *“Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro”*. Lo que significa que, en una eventual disputa inmobiliaria de reclamantes con derechos incompatibles o excluyentes, el tercero registral de buena fe no podrá ser atacado por quienes ostenten título sin inscripción, por más antigua que sea sea con respecto a la suya. Si bien se adoptó el sistema por el cual la sola formación de la “obligación de dar” contenida ya sea en la compraventa, permuta o donación, “transfiere” el derecho de propiedad, no obstante, esta no resulta oponible a quienes ostenten derechos inscritos sobre el inmueble.

Del análisis conjunto de disposiciones recogidas en el Código de 1936 se percibe que la transferencia inmobiliaria estuvo sustentada en la doctrina del derecho de propiedad relativa o interpartes y el derecho de propiedad absoluta con oponibilidad universal, de modo que la transferencia consensual quedó legislativamente reducida a desplegar efectos limitados sólo entre los contratantes, mientras que por virtud de la inscripción registral es la que se producía la transferencia frente a terceros.

Es especialmente relevante tomar en consideración que en la redacción de este Código primó el culto (quizás fanatismo al nivel de sesgo) hacia el Derecho Civil Francés del legislador Olaechea, el cual, como asegura Castillo (2012) se debía a la notable influencia que causó su estadía en aquella nación durante los albores del S. XX que es considerada la época de oro del Derecho Civil, por el culto a la lógica y la exégesis, habiendo asistido cotidianamente a las lecciones de los juristas de la época “al final de la *rue Soufflot*” (p. 26).

El culto a la doctrina francesa también llevó otra vez a arrastrar la tara del consensualismo extremista por el cual no se exige ninguna formalidad en el traspaso del derecho de propiedad inmobiliaria, ninguna preocupación por la seguridad jurídica, pues al igual que en el primer Código, un negocio jurídico oralmente celebrado tenía la misma aptitud para transferir la propiedad.

5.2. EL VICIO INSTAURADO: EL CONSENSUALISMO VIGENTE Y LA ACENTUACIÓN DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA.

No hay duda que el vigente Código Civil Peruano, el de 1984, promulgada mediante el Decreto Legislativo N° 295, conserva el sistema transferencia consensual en su versión más extrema, el Artículo 949 es explícita en que “*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario*”. Por otro lado, salvo la donación, no hay disposición alguna que exija formalidad alguna para el perfeccionamiento y validez de un negocio jurídico de enajenación inmobiliaria lo que equivale a la libertad de forma hasta la oralidad, obviamente siempre que el acuerdo revista seriedad. El profesor Varsi (2019) explica que respecto a bienes inmuebles rige el sistema francés o sistema espiritualista bajo la fórmula “*solo consensus obligat*” lo que sintetiza que la adquisición se produce extraregistralmente siendo autosuficiente la configuración de la relación obligatoria, el consentimiento de las partes *per se* traslada el inmueble hacia la esfera patrimonial del adquirente, son los llamados contratos traslativos (compraventa, donación, permuta) (Vol. 2, pp. 210-212).

Según los hallazgos de esta investigación, el sistema de transferencia del Código de 1984, es todavía más grave, porque está plagada de mayores incoherencias que el anterior. La más aproximativa explicación que se puede hallar respecto a las causas de aquella es que el proyecto inicial del Código Civil en todos sus libros fue diseñado con los dispositivos involucrados en la transferencia inmobiliaria sobre la base de la clasificación de bienes en registrables y no registrables, proyectándose un sistema registral constitutivo para los bienes registrables, sin embargo, a último momento la comisión revisora decidió cambiar el libro de derechos reales, especialmente con una regresión hacia el sistema consensual, más no se revisó los otros libros, lo que generó diversas antinomias.

El detalle del cambio es bien expuesto por González (2002), quien afirma que la Comisión de Reforma creada por el D.S. N° 95-1965, después de dieciséis años, el año 1981 culminó con el proyecto del nuevo Código, cuyo libro de derechos reales tenían como pilares a la clasificación de bienes en registrados, no registrados (y registrables), habiéndose proyectado una inscripción constitutiva para la transferencia de bienes registrados, mientras que todo el derecho registral sería regulada por una ley especial. Luego se designó una comisión revisora que alteró sustancialmente el proyecto inicial, pues los bienes se clasificaron en bienes muebles (Art. 885) e inmuebles (Art. 886), para estos últimos se estableció “la obligación de enajenar” como suficiente para transferir la propiedad, además se reguló todo el aspecto sustantivo del derecho registral en el Libro IX (pp. 273-274)

A pesar de la implantación del sistema consensual, al mismo estilo del viejo Código Napoleónico, tanto a la compraventa, como la permuta, y la donación, el Código Peruano de 1984, sigue otorgándole efectos obligatorios (1529°, 1602, 1621°). La incoherencia más notoria resalta del Art. 1539° en la que se instaure de la validez de la venta de bien ajeno, instituto jurídico que resulta absolutamente contrario al sistema consensual, por cuanto en ésta, el contrato tiene efectos reales, mientras que la venta de bien ajeno exige como condición inexorable que la compraventa carezca de aptitud traslativa (que la venta sólo tenga efectos obligatorios y la transferencia descansa en actos modales como la tradición o la inscripción registral), es inimaginable la

coexistencia de los dos institutos, simplemente porque son excluyentes, por eso mismo, que el *Code* en su Art. 1599³¹⁵ sancionaba con nulidad a la venta de bien ajeno.

A pesar que después de la promulgación del Código hubo voces disonantes sobre la naturaleza del sistema de transferencia, pues algunos como el caso De la Puente cuya postura es que el sistema adoptado era la de título y modo, siendo los contratos traslaticios como la venta el título y el modo estaría representado por el propio Art. 949, o la tesis de Bigio Chrem quien entiende que la compraventa es título y modo a su vez, en cambio, Osterling Parodi, Avendaño Valdez y Castillo Freyre admiten la tesis consensualista, que en buena cuenta es lo mismo que el contrato con efectos reales que asume Forno Flores, por su parte Torres Méndez realizó un constructo particular por el cual el Art. 1529 que regula la compraventa es una excepción obligatoria al carácter consensual del Art. 949, finalmente el profesor Fernández Cruz también no discute el carácter consensual de la transferencia inmobiliaria, sin embargo, su tesis es más holística puesto que esbozó tres pilares que deben sostenerlo, resumido en optimización de la circulación, minimización de los costes de transacción y la supresión de las adquisiciones a *non domino* mediante la publicidad registral (González, 2005, pp.789-804).

Desde mi perspectiva en la actualidad la discusión sobre el carácter consensual del sistema de transferencia inmobiliaria ha quedado zanjado, creo que más la discusión fue una cuestión de tecnicismos irrelevantes, esto es, si el contrato tenía o efectos reales o efectos obligatorios. La conjunción de las disposiciones que regulan los contratos enajenatorios, v.g. los relativos a la compraventa y el Art. 949, permiten entender sin mayor complejidad que la transferencia opera con la sólo conclusión del contrato lo que no significa que las prestaciones como el pago del precio, la entrega, saneamiento, evicción, por citar algunos, dejen de estar presentes, en buena cuenta, el contrato de compraventa detenta una función dual (real y obligatoria). La discusión, para su seriedad, más bien debe trasladarse hacia determinar si el sistema de transferencia instaurado es un sistema funcional, además, a examinar si su coordinación con el

³¹⁵ Sierra (2011) señala que la venta de bien ajeno fue regulada por por la mayoría de los ordenamientos, así el *Code* en su Artículo 1599 sancionaba con nulidad, el cual inclusive sigue vigente.

sistema registral declarativo acogido está siendo bien entendida por los operadores jurídicos.

El Código Civil peruano, conserva el sistema de prevalencia de título del Código de 1936, toda vez que además de adoptar el sistema consensual, también sigue conservando el sistema de prevalencia de títulos bajo la misma fórmula, pues en su Artículo 1135³¹⁶ está instaurado que, sobre la base de la buena fe, prevalece la adquisición del que primero lo ha inscrito, seguido por el que detenta la fecha más antigua, salvo que alguno sea de fecha cierta.

El actual código intenta sanar o complementarse con un sistema registral declarativo fundada en ciertos pilares o instituciones hipotecarias, como son la legitimación registral, recogida en el Art. 2013, que es premisa de funcionamiento del sistema registral en cuanto otorga presunción de certeza y dota de eficacia a la inscripción registral, la tutela al tercero registral de buena fe instaurada en el Art. 2014, la prioridad excluyente o principio de impenetrabilidad (Art. 2017), pero especialmente, la inoponibilidad de lo no inscrito prevista en el Art. 2022 y finalmente no puede dejar de mencionarse la doble venta inmobiliaria regulada en el Art. 1135, el cual en buena cuenta establece las reglas de adjudicación cuando un mismo vendedor ha enajenado a varios adquirentes el mismo inmueble en fechas diferentes.

5.2.1. Intentos de reforma del Código Civil y la afirmación del vigente sistema transferencia inmobiliaria.

Como quiera que la variación abrupta del sistema registral constitutivo proyectado en la reforma del Código de 1936 dejó un sin sabor en los civilistas locales, a poco de su vigencia ya se oyeron las voces de contrareforma del nuevo Código. Fue llamativo, por ejemplo, la postura del jurista Manuel Olaechea du Bois, quien en un artículo de opinión publicada en el Diario El Comercio publicada en el año 1993, a raíz de la entrada de la vigencia de la constitución de 1993, de corte liberal, fomentó la

³¹⁶ “Art. 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”

abrogación total del Código de 1984 y la restitución de la vigencia del Código de 1936, por carecer de incoherencia estructural la primera, al haberse redactado bajo una ideología comunista que había fracasado en las propias palabras de Gorbachov, mientras que el anterior ostenta una ideología liberal y sería compatible con la nueva Constitución, lo que llevó a un debate candente con otros juristas de la época, encabezado por el extinto profesor Carlos Fernandez Sessarego (Castillo, 1998, I, pp. 60-69).

Según el recuento que formula Soto (2011), el 22 de noviembre de 1994, el Congreso Constituyente Democrático, mediante la Ley N° 26394, creó la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, siendo su asesor técnico precisamente el profesor Fernandez Sessarego cuyo proyecto de reforma no abarcó más que el libro de de personas. En 1996, la Comisión Reformadora fue recompuesta mediante la Ley N° 26673, esta vez presidida por Jorge Muñoz Ziches, el cual funcionó hasta el año 2001, cuyo resultado fue el proyecto de Ley N° 5072/99-CR, la cual no abordó nada respecto a los Derechos Reales. Nuevamente la comisión fue reorganizada mediante la Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS del año 2002 - la “Comisión Avendaño”, que a su vez fue nuevamente fue renovada por la Ley 28776 de 2006 - “Comisión Especial de estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil”, que presentó su informe final el 20 de abril de 2011³¹⁷, en ella no se hace ninguna referencia al sistema de transferencia inmobiliaria (pp. 24-32)

La última comisión de reforma data de 2016, encargado de revisar y proponer mejoras al Código Civil, constituido por la Resolución Ministerial N° 300-2016-JUS del 17 de octubre de 2016, comisión presidida por el profesor Gastón Fernández Cruz, el cual, mantiene el sistema consensual, pero en el Art. 949° proyecta sustituir “obligación” por el “consentimiento” de las partes, es decir, mantiene con mayor ahínco el sistema consensual, así la fórmula legal propuesta es: “*El consentimiento libremente manifestado transfiere la propiedad de un bien inmueble determinado, salvo*

³¹⁷ Cfr. Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (2011). *En Informe Final*. Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/\\$FILE/AT TJDK8N.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/$FILE/AT TJDK8N.pdf) (21/04/2021)

disposición legal diferente o pacto en contrario” (MINJUS, Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras al Código Civil, 2020, p. 75).

La interrogante es ¿Qué utilidad más que dogmática podría aportar el cambio de “obligación de enajenar” por “consentimiento”? La respuesta que puede ofrecerse *a priori* es que ninguna, pues la transferencia de la propiedad inmueble seguirá sin exigencia de ningún acto o hecho formal que otorgue seguridad jurídica, es un cambio absolutamente estéril, porque no se ha visto ningún conflicto judicial en el cual se discuta si como efecto de la compraventa sólo se tuvo obligación o se efectuó transferencia real propiamente.

5.2.2. La formalización inmobiliaria imposible (destejiendo a lo Penélope)

La excusa para mantener el sistema consensual en su expresión más extrema ha sido la abundante informalidad en la titularidad inmobiliaria, con esa pesada mochila a las espaldas es que se ha intentado emprender procesos de formalización inmobiliaria desde hace un cuarto de siglo, pese a que la informalidad reinante es más bien consecuencia del consensualismo.

Sobre la informalidad señaló Castillo (2007) que está arraigada a la idiosincrasia de nuestro pueblo, que trasciende sólo al ámbito inmobiliario, pues más bien se refleja en la vida misma, en la familia y todos los ámbitos del derecho, que no va a cambiar sólo porque se establezca mediante Ley; además, la distinción entre bienes registrados y no registrados conllevaría dificultad a los ciudadanos que están lejos de la modernidad como son los de zonas urbano marginales y de áreas rurales (p. 65).

La postura del profesor Castillo denota una resignación que es innecesaria porque todas las sociedades han evolucionado desde una situación primitiva en sus relaciones hacía una civilización ordenada, de otro modo, los seres humanos aún combatirían en clanes con piedras y palos, en esa misma línea, todos los sistemas de transferencia en algún momento estuvieron sumidos a la informalidad, los sistemas registrales constitutivos no estuvieron ya impuestas para cuando se formó la civilización, todo fue un proceso constructivo, en el que la Ley ha jugado un valor definitivo. La idiosincrasia no puede servir de excusa para no emprender reforma del sistema de

transferencia, más bien, aquella reclama la urgencia de una reforma porque cuánto mayor idiosincrasia de informalidad mayor inseguridad se genera.

A pesar que evaluar a fondo las causas de la informalidad desborda el ámbito de la presente investigación, la pobreza expresada esencialmente en la enorme brecha económica³¹⁸ puede considerarse una causa esencial de la informalidad. Es que como asevera Calderón (2019) a causa del éxodo del campo hacia la ciudad, se proliferaron las famosas barriadas. De 1,147 en 1993 y una población localizada en este sector ascendía a 2.188 millones, para el año 2002, las barriadas se habían triplicado, llegando 3,653 y la población a 3.8 millones. Estos habitantes carecen de servicios básicos y asfaltado, son también denominados asentamientos humanos o pueblos jóvenes. Asimismo, este fenómeno proliferó los mercados inmobiliarios informales o tráfico de lotes (p. 49).

Sin embargo, la migración del campo a la ciudad no es un fenómeno que data de la década de los noventa, más bien, como señala Dubé (2015) la explosión demográfica de Lima se produjo durante la segunda mitad del pasado siglo, sus resultados son por lo menos sorprendentes, pues según la División de Población de las Naciones Unidas, de una cantidad menor al millón de habitantes que ostentaba en 1950, para el nuevo milenio se había incrementado a siete millones y medio de habitantes, a la actualidad, inclusive supera los nueve millones, cantidad que representa cerca del treinta por ciento del total de habitantes del Perú. Las causas señaladas para tanto éxodo del campo a la ciudad capital están relacionadas a la caída de la economía rural de los años setenta, el fenómeno del niño de los ochenta, la caída de la industria pesquera y la violenta insurgencia armada de sendero luminoso (p. 10). Con esa información podría coincidir la de Soto (1989) que estimó la expansión urbana informal de Lima en 1200% en el período del cincuenta a los ochentas (p. 17).

³¹⁸ Es usual oír entre los economistas que un poco menos del 5% de peruanos acumulan un poco más del 95% de la riqueza que hay en la nación, no hay alguna investigación que lo haya propuesto de esa manera, sin embargo, un estudio muy serio arroja una información semejante: “Los ingresos per cápita más recientes del 10 % más pobre de la sociedad peruana es de US\$ 965 anuales, mientras que el 10 % más rico es de US\$ 20.141, lo que evidencia una distancia de 20,9 veces entre los más ricos y más pobres. El 10 % más pobre tiene ingresos similares a Chad, Bangladesh, Kirguistán y Tajikistán. El 10 % más rico tiene ingresos similares a Portugal, República Checa y Eslovaquia”; otro dato sugerente que presenta es que el 2013, el Perú tenía 10.1% de billonarios de la región, siendo su participación superior en la riqueza total mundial al de la participación del PBI peruano sobre el PBI mundial (Alarco *et al*, 2019, pp. 150-154).

El Estado no estuvo preparado para afrontar tamaño desborde demográfico, pues no se había desarrollado políticas de vivienda social, de modo que se propagaron las invasiones³¹⁹ a tierras del Estado, la informalidad fue entonces una consecuencia ineludible. Calderón (2019) asegura que la informalidad se expandió vertiginosamente en los años noventa, más que por las vallas del mercado, por la supresión de subsidios y programas estatales de vivienda que garantizarían un acceso ordenado y formal al suelo, combinado con el populismo (pp. 49-58).

Si el Estado desde la promulgación del primer código había abdicado la función de dotarle de usos formales a la transferencia inmobiliaria, menos vitalidad tendría para emprender una solución decidida contra la informalidad. Abundaba a esa precariedad estructural el viejo sistema registral de 1888, el cual como reseña González (2002) cuando entró en vigencia el Código de 1984 ya no podía responder a los desafíos sociales, hubo necesidad de crear el Registro Predial Urbano, lo que ocurrió en el 1988, mediante los Decretos Legislativos N° 495 y 496, de inspiración en la Ley Hipotecaria Española, esencialmente por el fenómeno de urbanización, que a su vez conlleva el fenómeno que De Soto llama “contrato de invasión”, a su vez, mediante el Decreto Supremo N° 026-90-VC se creó el Registro Especial de Predios Rurales que fue elevada a rango de Ley mediante el Dec. Leg. 667 de 1991, para aquellas fechas, según se apoya en Guevara, 2’000,000 hectáreas representaban agricultura de subsistencia perteneciente a población en extrema, además de acuerdo con el Censo Agropecuario de 1994, posterior a la creación del PETT existían 5’721,113 parcelas, 80% de los cuales carecían de títulos saneados; todos estos registros fueron unificados a uno solo mediante la Ley N° 27755 pasando a llamarse Registro de Predios (pp. 277-283).

El plazo para el proceso de integración de los antiguos registros en un registro único se fijó en dos años que se venció en junio de 2004, realizándose en dos etapas. En la primera etapa el Registro Predial Urbano se incorporó a la SUNARP, en la segunda, el RPU se integró al Registro de Predios de cada oficina Registral de la SUNARP; además considerándose un elemento condicionante y necesario la implementación de

³¹⁹ “La ocupación de terrenos se produjo en toda la ciudad de Lima, resultando en la creación de distritos como Villa El Salvador (al sur de la ciudad) y San Martín de Porres (al norte). Los ocupantes ilegales eran algunos de los residentes más pobres de la ciudad, que vivían en áreas caracterizadas por la falta de presencia estatal y por una amplia economía informal” (Dubé, 2015, p. 11)

un sistema catastral, mediante la Ley N° 28294 se creó el Sistema Nacional Integrado de Catastro (Castillo, 2007, pp.99-103).

Según Zecenarro (2016), la real formalización inmobiliaria en el Estado peruano recién comenzó en el año 1996 por virtud del Decreto Legislativo N° 803, denominada Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, creándose COFOPRI, ampliándose en el aspecto temporal mediante la Ley N° 28687 del año 2006, por el cual se complementó la formalización, luego vendría la Ley N° 28923 del mismo año, régimen temporal extraordinario de formalización. La referida entidad asumió inclusive en desmedro de las municipalidades provinciales y distritales, que nuevamente fue ampliada mediante la Ley 29802, en el 2007, inclusive se fusionó con PETT que era entidad de formalización de los predios rústicos, que al final, por virtud del Decreto Supremo N° 056-2010-PCM fue transferida a los gobiernos regionales. Además, COFOPRI quedó como mero asesor técnico de las municipalidades, sin embargo, se le devolvió las facultades mediante el Decreto Legislativo N° 1202, para que lo ejerza de manera excluyente (pp. 3-5).

Se debe aclarar que la función de Cofopri es esencialmente formalizar posesiones informales, esto es, a la tenencia irregular de la tierra lo que lejos de ser solución al problema de la informalidad ha llevado a fomentar las usurpaciones tanto de espacios públicos como de espacios privados lideradas por personas inescrupulosas que han hallado una oportunidad de negocio ilícito en formar asociaciones, usurpar espacios, luego lotizar y tramitar títulos, es decir, se trata en el fondo legitimación de la invasiones o titulación a los invasores.

Zecenarro (2016) advierte que el procedimiento de formalización contravenía la propia legislación civil que exige una posesión pública, pacífica y por un plazo determinado, pues a diferencia que aquella que se sustenta en documentos que prueban la propiedad y el plazo de tenencia de por lo menos diez años, la Ley N° 28687 distorsionó al punto que ya no importa el plazo siempre que la tenencia se hubiera iniciado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, creándose un caldo de cultivo para el tráfico de terrenos, que de alguna manera ha venido a subsanar el Decreto Legislativo N° 1202 que establece adjudicación a valor arancelario (pp. 5-7).

La legalización de la informalidad además ha convertido en una constante y redundante a las invasiones, pues como advierte el sociólogo Calderon (2019) las sucesivas amnistías a los invasores se hizo una práctica común del derecho urbano peruano, parte de ello representa la Ley N° 26464 de 1993, el Decreto Legislativo N° 803 de 1996, el Decreto Supremo N° 021-2002-MINJUS, Ley N° 29391 del año 2004 y el Decreto Legislativo N° 1202 de 2015, que suministran una cultura de informalidad como aparente solución al problema de la vivienda (p. 54).

Mediante la Ley N° 31056 publicado el 21 de octubre de 2020, en plena pandemia, han ampliado el universo de titulaciones, de modo que ahora se titularán invasiones (posesiones informales) producidas hasta diciembre de 2015. Complementa Soria (2020) el Estado persiste en esa práctica de regularizar las ocupaciones informales, lo que redundando en el estímulo al hábito de ocupación ilegal de los suelos estatales, en buena cuenta, significa que el Estado no tiene una política de vivienda social.

Como hemos señalado si bien la causa de la informalidad puede descansar en la enorme brecha económica y la falta de un enfoque e interés estatal claro respecto a la vivienda y la tenencia de la tierra, es razonable aseverar que el sistema de transferencia constituye uno de los factores que confluyen a ese círculo vicioso de la informalidad. En efecto, si el traspaso inmobiliario no exige formalidad alguna (ni siquiera documento escrito) es una obviedad que los agentes inmobiliarios no se vean compelidos a cambiar la mentalidad de realizar el intercambio en el ámbito de la informalidad, multiplicándose esa práctica como una bola de nieve. Siglo y medio de consensualismo extremo en la transferencia inmobiliaria ha abundado hacia la informalidad, porque como se indicó al inicio de este capítulo, consensualismo e informalidad se imbrican y se retroalimentan, confluyendo a la inseguridad jurídica.

Mientras se conserva indemne el sistema consensual cualquier intento de formalización de la propiedad inmobiliaria, es un esfuerzo sinsentido y paradójico, para tener una mejor comprensión resulta gráfico señalar que el proceso de formalización inmobiliario peruano estaría bien representado por la “Tela de Penélope”³²⁰; ella para mantener la situación en un punto muerto, de noche destejía lo

³²⁰ Cuenta la leyenda que Penélope de Itaca, esposa del rey Ulises u Odiseo, apremiado por los codiciosos nobles de la corte, ideó un plan para postergarlos indefinidamente con la esperanza de la llegada de su amado rey. Narra Homero que:

que de día había avanzado, de la misma forma que Penélope el Estado peruano avanza con el proceso de formalización a través de varios programas a los que se destinan ingentes recursos, pero a su vez, mantener un sistema que señala que el mero consenso goza de suficiencia equivale a ir destejiendo lo poco que se va avanzando. Hay una retroalimentación entre informalidad, invasiones y transferencia meramente consensualista e inclusive podría sostenerse que son sinónimos.

La falta de un imperativo legal sobre las transferencias inmobiliarias promueve el intercambio informal, alimenta entonces en los agentes inmobiliarios la vocación por la informalidad y la concepción de que en la celebración de un negocio jurídico inmobiliario enajenatorio ni es obligatorio ni es necesario cumplir formalidad alguna, además, como un intercambio formal acarrea costos adicionales como el pago de alcabala, impuesto predial, un eventual impuesto a la renta y los costos notariales, la mayoría prefiere realizar transacciones inmobiliarias en la clandestinidad, así una gran cantidad de inmuebles no acceden a registros públicos, más que porque sea burocrático y costoso, porque no es obligatorio.

La indulgente transferencia meramente consensualista no sólo afecta a los predios carentes de inmatriculación registral, afecta inclusive a los predios con inscripción registral, pues por las mismas razones (costos de transacción) y otras veces con fines fraudulentos, no lo inscriben, consecuentemente los predios con inscripción registral también devienen en informales por inexactitud sobrevenida. Dubé (2015) denomina a este fenómeno como la desregularización, pues los predios que habían alcanzado inscripción registral, por múltiples razones (a juicio de esta investigación por el libertinaje consensualista) vuelven a caer en la informalidad, según Fernández, la segunda o tercera operación inmobiliaria ya no desemboca en registros públicos, el riesgo de volver al punto vacío en términos de formalidad es muy seria, inclusive,

“En la sala más hermosa de palacio instaló Penélope un telar y en él comenzó a tejer con gran afán una hermosísima tela. Y apenas la hubo comenzado, instada de nuevo por los pretendientes, les contestó.

— No puedo daros mi respuesta hasta que no acabe de tejer esta tela.

Y, por mejor disimular, trabajaba todo el día en su tarea, afanosamente, más, al llegar la noche, cuando los pretendientes estaban dormidos, deshacía lo que durante el día había hecho. Así la labor no avanzaba ni un punto, no se acababa nunca (...)” (Homero, 1933, pp. 124-125).

según el dato estadístico que ofrece Molina, sólo el 21% de las operaciones sucesivas de los predios que tituló Cofopri han sido inscritas (pp. 12-13)

La inexigencia de alguna formalidad en las operaciones inmobiliarias conduce inevitablemente a la informalidad inmobiliaria, pues titulares registrales enajenan algunas veces sin siquiera elevar a escritura pública notarial, a su vez, amparado en la disoluta “transferencia consensualista” titulares registrales practican enajenaciones parciales de predios sin previa subdivisión municipal o parcelación rústica, pues como el acuerdo traslativo es privado o con mera certificación de firmas, nadie controla el paso administrativo previo a la parcelación predial, lo que genera que según la información registral el vendedor seguirá ostentando el derecho de propiedad, pero en la realidad una parte del predio estará ocupada por adquirentes sin inscripción registral, generándose un caos jurídico inmobiliario que mella gravemente la seguridad jurídica. Es decir, en registros públicos los predios siguen figurando como una única unidad inmobiliaria cuando en los hechos hace ratos que fueron independizados y existen otros propietarios extraregistrales con posesión ya son otros.

El otro grave problema que se constata respecto al retroceso hacia la informalidad registral inmobiliaria es que se realizan edificaciones sobre predios inscritos (también no inscritos) sin contar con licencia municipal de edificación y peor aún sin cumplir con los parámetros urbanísticos, edificaciones que obviamente no alcanzarán inscripción registral dado que hay limitación para generar un asiento sobre declaratoria de fábrica de una edificación sin licencia, sin embargo, en los hechos los constructores (o autoconstructores) enajenan a través “del mero consenso” a terceros, creándose propiedades que antaño se denominaban “propiedades horizontales”, los cuales tienen pocas posibilidades de acceder a registros públicos, pero las sucesivas transferencias “consensuales” a terceros continuarán viajando en el reino de la informalidad, pues el mero consenso genera que se realicen transferencias sin control alguno.

La informalidad de la construcción sin licencias con la consecuente división por pisos y la enajenación extraregistral, en términos de Dubé (2015) quien se ampara en el sociólogo Riofrío del Instituto Lincoln, ya no es un problema individual, sino social, que merece atención urgente del gobierno, pues se tiene expandido la construcción informal, siendo necesario que exista una mayor regulación, debiendo establecerse

inclusive la obligatoriedad del registro puesto que a diferencia de muchos otros países, las transacciones inmobiliarias son de carácter voluntario (p.17). Es que según Capeco, en Lima el setenta por ciento de construcciones son informales, en buena cuenta, han sido edificadas sin licencia municipal y sin asistencia, ni dirección profesional, omisión que al final abunda en la falta de seguridad en las edificaciones, precariedad física y legal, carencia de seguros ante daños inmobiliarios, causadas por la cultura que el maestro de obra es autosuficiente y la nula voluntad de cumplir con los requisitos (Rubio, 2020), que, al final, por el disoluto sistema consensualista ni siquiera son obligatorias.

5.3. CONSENSUALISMO Y REGISTRO PÚBLICO ¿COORDINACIÓN O CONTRADICCIÓN?

A pesar que algunos autores consideran que el sistema de transferencia inmobiliaria consensualista se complementa muy bien con un sistema registral declarativo, más bien en esta investigación se asume una postura más crítica y realista, pues lejos de una coordinación entre el sistema consensualista y el registro inmobiliario, *a priori* hay un grave problema de incongruencia e inexactitud.

En efecto, cuando a adquisición de predios inscritos se refiere, por un lado, el consensualismo le asegura al adquirente que ya es propietario, por otro lado, en caso de conflicto, el sistema inmobiliario tiene la regla de preferencia atributiva al que haya inscrito primero. Es como que el Estado con una mano te da y con la otra te lo quita.

La situación es más grave aún, pues a causa de la vigencia del consensualismo, ni siquiera quien haya inscrito su adquisición ostenta seguridad jurídica de su adquisición, es que el sistema inmobiliario peruano es un caos, pues en una disputa de titularidad inmobiliaria tanto el que que adquirió primero pero no lo inscribió tendrá argumentos para disputarle la titularidad a quien adquirió e inscribió el mismo inmueble y, éste a su vez al primero. Si a ello le sumamos los vaivenes jurisprudenciales a favor de la prevalencia de una u otra forma de adquisición, sobre todo porque carecen de una lectura sincrética del ordenamiento jurídico, no es descabellado proferir que la seguridad jurídica inmobiliaria peruana es calamitosa.

Se debe considerar que el Código Civil vigente, sigue fundando su sistema de transferencia en la visión dualista del derecho de propiedad relativa y absoluta; pero más que eso, las disposiciones referidas a la inscripción registral terminan absorbidos por el sistema consensual y ello, en la perspectiva de esta investigación, ha generado un caos respecto a la seguridad jurídica inmobiliaria. Es que la tesis de la relatividad de la propiedad no inscrita frente a la propiedad absoluta que se alcanza con la inscripción registral no ha sido bien entendida por los operadores jurídicos, pues en unos casos, siguiendo su mero arbitrio privilegian a la adquisición consensual y otras veces otorgan prevalencia al adquirente con inscripción registral.

La teoría de coexistencia del sistema consensual con el sistema registral inmobiliario declarativo supone ciertas premisas teóricas para los casos de conflictos de titulares en los que va a prevalecer la inscripción registral, porque de lo contrario, no tiene sentido la inscripción registral, significaría que no juega ningún rol en la transferencia inmobiliaria, que todo ha sido cargada a favor de la transferencia consensual. Además, significa que la inexactitud registral es una constante, como señala Sanz, en tanto la enajenación es perfecta desde la celebración y por tanto nace el derecho real fuera de los registros, inmediatamente surge una inexactitud que es provisional hasta la presentación de la inscripción registral de aquella adquisición (citado por Pau, 2004, p. 33).

La función de la inscripción registral no es indiferente a la transferencia inmobiliaria, de modo que en caso de conflictos de titularidades no debe tomarse de manera aislada la fórmula consensualista, sino de manera coordinada con las reglas de determinación de prevalencia de títulos en conflicto señaladas en otros artículos del propio Código Civil y los principios registrales instaurados, todos estos dispositivos coordinan y se complementan, significa, en suma, que la inscripción registral a pesar de ser declarativa juega una función sustantiva, es decir, efectos materiales para asignar el bien en disputa.

García (2005) explica que el Derecho Registral está afincada sobre dos columnas basales, por un lado, la publicidad registral y el otro que es el registro como organización en sí. La publicidad registral es concebida como una “exteriorización” de información de naturaleza jurídica dirigida a hacer conocer a todos sobre cuya base

se producirá consecuencias sustantivas de la situación jurídica publicitada. El rasgo esencial de la publicidad registral entonces es su eficacia sustantiva, esta además, es el elemento central de distinción de los registros administrativos (pp. 41-44).

Los efectos sustantivos de la inscripción registral se entienden acorde con Chico y Ortiz (2000) como la protección a terceros, pues la instauración del registro siguió tal máxima, empero, también protege al titular inscrito, de tal manera que tiene eficacia dual, protege al inscrito y a los terceros; eso le permite a Lacruz realizar un enfoque paralelista por el cual la inscripción registral despliega efectos defensivos y ofensivos, estando referido el primero a la eficacia repulsión que puede desplegar el titular inscrito contra quienes interfieran en su dominio, por ejemplo, frente a un reivindicante y, el segundo, consiste en la titularidad firme e inalterable con que podrá el tercero defenderse; en todo caso, completa Chico que el titular inscrito goza de los efectos defensivos frente al reclamo de alguien, mientras que igualmente puede el titular tomar la ofensiva en virtud a la información registral, es decir, una auténtica acción real que deviene del derecho inscrito (p. 153).

La eficacia de la inscripción está orientada a permitir resolver el conflicto de titularidades sobre un mismo predio, las situaciones fácticas en los que varios sujetos de derecho se irrogan excluyentemente la propiedad de un mismo inmueble pone en aprietos la coordinación entre el sistema consensualista y el sistema registral declarativo, especialmente la función de los criterios registrales de legitimación registral, la inoponibilidad registral, prioridad excluyente y el tercero de buena fe registral. Aquella relación en la perspectiva de esta investigación parece que más bien encierran graves contradicciones.

A pesar que se pueden enunciar un sinnúmero de ejemplos, el típico caso para medir la relación de sistema consensualista con los criterios registrales de asignación del bien disputado está representado por: (i) la doble enajenación inmobiliaria (**A** enajena a **B** quien no inscribe, luego **A** vende el mismo inmueble a **C** quien sí lo inscribe) y (ii) la hipoteca gravada *a non domino* (**A** enajena a **B** quien no inscribe, luego **A** constituye hipoteca sobre aquél bien a favor de **C** quien sí lo inscribe). Evidentemente hay mayores consecuencias de la relación consensualismos y registro declarativo, por

ejemplo, el embargo de un bien enajenado, que empero, excede al objeto de la presente investigación.

La respuesta de los sistemas de transferencia consensualistas como el sistema italiano (Art. 2644 del *Codice*), el sistema portugués (Art. 5 de Decreto Lei N° 224/84), el propio sistema francés, ni qué decir de los códigos consensualistas del ámbito latinoamericano (Art. 1924 del C.C. paraguayo, Art. 1538.1 del C.C. boliviano, Art. 1129 del C.C. guatemalteco y el Art. 1924 del C.C. venezolano) la primera transferencia no inscrita no es oponible a la segunda transferencia o al gravamen constituido a favor del tercero, es decir, la transferencia consensual no es una regla absoluta; sin embargo, para los operadores jurídicos peruanos, especialmente los jueces, como más adelante se visualizará, parece que la regla del consensualismo es una isla solitaria y prevalente en todos los casos, lo que resulta altamente peligroso, porque deja en absoluta orfandad de tutela al tercero de buena fe, por su puesto, también derriba las bases de seguridad mínima que debe ofrecer el sistema de transferencia inmobiliario.

5.3.1. Sujeción de la fórmula consensualista a los imperativos registrales.

(i) La legitimación registral o presunción de exactitud.

Conforme recuerda Álvarez (2006) tiene su antecedente en el Art. 891 del *BGB*, por el cual, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, así como su posesión, de la misma forma un derecho cancelado se presume inexistente. Agrega el autor que usualmente el tráfico jurídico inmobiliario se tutela desde la apariencia, es lo que subyace en la legitimación, así como la posesión es apariencia de propiedad, igualmente la inscripción, porque es su imagen y semejanza, es por ello que la eficacia de los derechos inscritos está definida previamente por la forma como se resolverá la disputa entre el contendor inscrito y el que cuenta con enajenación no inscrita (pp. 203-205).

Es verdad que la legitimación registral es una presunción *iuris tantum*, vale en tanto no haya prueba en contrario, mientras tanto despliega toda su eficacia. Quien aparece

como titular registral será considerado como tal hasta que no se incorpore al registro una información que sustituya esa apariencia. Así el titular registral de un determinado inmueble, desde esa realidad (que puede ser eventualmente aparente) tendrá aptitud para configurar relaciones jurídicas sustantivas y procesales³²¹ en los que extrapole su situación jurídica, ya sea a una posición activa o pasiva; por ejemplo, podrá ejercitar la condición de tal para enajenar, gravar, reivindicar o inclusive para ser demandado.

La presunción de exactitud es la columna vertebral del registro, el punto de partida³²² del tráfico jurídico inmobiliario, sin él, simplemente carecería de sentido, por eso cuando un titular registral concurre a celebrar un negocio jurídico de enajenación, ya sea el Notario público o el comprador no pueden exigirle probar que otro no es propietario, simplemente se actúa sobre la base de lo que dice la información registral al momento de la celebración de los negocios jurídicos en los que participe el titular.

Quien se ha explayado sobre la legitimación registral es García (2005), él, además de otorgar el status de principio, asocia a la noción de exactitud y veracidad, es decir, el titular registral como consecuencia y en los alcances de los asientos registrales goza de legitimidad para comportarse como tal en el tráfico jurídico judicial y extrajudicial, infiriendo que ostenta dos facetas, una objetiva, referida a la *exactitud* del asiento y, otra subjetiva, esto es, de *legitimación* del titular registral, que tiene su fundamento en la apariencia en pro de la seguridad jurídica, justificada además en el principio de titulación auténtica que incrementa plenamente la probabilidad de la correlación entre la apariencia registral y la realidad extraregital (pp. 673-677). Son características de la presunción de exactitud: que (a) es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario, siempre que no se haya generado situaciones de inatacabilidad³²³ u inoponibilidad por

³²¹ Según Chico (2000) acorde con la formulación de la Ley Hipotecaria española, la legitimación registral tiene una doble connotación, por un lado, *sustantiva*, que genera presunción positiva de existencia y pertenencia del derecho, así como, negativa, esto- es, la extinción del derecho por su cancelación y, por otro lado, *procesal* (p. 191)

³²² En ese aspecto disintimos de la tesis de Chico (Ibíd) quien consiera más bien una derivación de la publicidad registral (p. 189). Entendemos que es una tesis tautológica, pues la inscripción registral *per se* es publicidad, más bien ésta encuentra sentido en la legitimación, pues sin la eficacia que otorga esta no pasaría de ser una publicidad inútil.

³²³ Especifica el propio García (2005) que la presunción de exactitud se manifiesta "(...) en el campo del propio principio de legitimación sin incidir en otros principios. En el ámbito de esos otros principios, por ejemplo, en el de la fe pública o el de inoponibilidad, según los supuestos, resultará que no estaremos ante una presunción *iuris tantum*, sino ante posiciones inatacables del titular registral. Pero esos otros efectos no son propios del principio de legitimación, sino de otros principios (...) La presunción *iuris tantum* no siempre es tal, pues en el caso de darse el supuesto

la confianza que generó en el tercero esa apariencia, (b) es de derecho, que se deduce del hecho inscripción y (c) es además de exactitud, presunción de integridad que refiere a “lo no inscrito se presume que no existe” (pp. 679-682).

La legitimación registral fue instituida en el Art. 2013³²⁴ del vigente Código Civil, el cual, en su versión primigenia recogía una fórmula muy simple, la presunción de certeza del asiento registral y su consecuente eficacia en tanto no se haya modificado o invalidado judicialmente. Sin embargo, por la coyuntura de fraudes inmobiliarios sofisticados (con suplantación de identidad, laudos arbitrales fraudulentos etc.) se reformó dicho artículo a través de la Ley N° 30313³²⁵ (26/03/2015), de manera que, en adelante, la rectificación puede también devenir de las propias instancias registrales (de hecho ya lo venían haciendo a través de la rectificación por error material o error de concepto), la invalidez del asiento ya puede declararse vía arbitraje, los asientos extendidos con suplantación o falsedad documentaria pueden ser canceladas por el registrador y se sentó expresamente la regla ya conocida de la carencia de carácter convalidante de la inscripción registral.

Acorde con la premisa de presunción de exactitud e integridad, quien celebra un negocio jurídico con quien figura como titular registral goza de protección por el ordenamiento jurídico en tanto él no hubiera conocido de la inexactitud registral y en caso que la rectificación o extinción del derecho se produjera después, no le afecta. Esa es la cabal dimensión de la legitimación registral, pues si al tercero que ha celebrado un negocio jurídico con el titular registral se le afecta con la corrección sobrevinida de la inexactitud o con la postura del conocimiento post-celebración, el

propio del principio de fe pública (...) o del principio de inoponibilidad (...) ya no estaremos en el ámbito de las presunciones, sino ante *situaciones de protección registral inatacables o reforzadas*” (p. 680)

³²⁴ “Artículo 2013.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”.

³²⁵ “Artículo 2013. Principio de legitimación

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”

principio de legitimación queda vaciado de todo contenido, lo que en última instancia reduce al sistema registral a la nada ya que deja de otorgar seguridad jurídica. Se realiza este énfasis dado que la judicatura peruana, como se abordará en líneas posteriores, justamente ha arribado a un acuerdo sobre la doble venta, cuya orientación en el fondo casi ha suprimido esta piedra angular de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Además, habrá un problema muy serio si se entiende al sistema consensualista aislado de la legitimación registral, pues lleva a una concepción excluyente de la segunda. Como en todos los sistemas de transferencia que hacen coexistir el consualismo con el registro declarativo con eficacia sustantiva, la judicatura está obligada a una perspectiva que desemboque en la coordinación entre la regla del “mero consenso” con la legitimación registral, lo que supone que la regla jurídica es que “la transferencia es consensual salvo que se produzca situaciones de protección registral”. Es que si se efectúa una comprensión aislada el único destino seguro es la paradoja sumida en las interrogantes ¿Cómo opera la transferencia extra-registral o consensual si el asiento registral es exacto y eficaz? o ¿Cómo es que el asiento registral es exacto si por una enajenación consensual no inscrita el aparente titular registral ya no ostenta tal derecho de propiedad?

(ii) La inoponibilidad de lo no inscrito como primer ámbito de protección al tercero.

Para un importante sector doctrinario a la cabeza de Chico (I, 2000) las disposiciones registrales encuentran su razón de ser en la protección a los terceros, por ello mismo, inclusive, en España se le denominó “Ley de terceros”, no obstante, el mismo autor reconoce que también a través de la inscripción registral se protege al titular inscrito (p. 153). Sobre el último extremo cabe hacer una objeción, el titular inscrito no por ello deja de ser tercero, no pierde esa cualidad respecto al negocio jurídico extraregistral o inclusive un negocio inscrito anteriormente del que deviene su tracto sucesivo en los que no intervino, en consecuencia, la protección siempre es al tercero, además, este para su protección requiere siempre tener el derecho inscrito, de manera que es tautológico sostener que “también protege al titular registral inscrito”.

El tráfico jurídico inmobiliario para su seguridad requiere minimizar o suprimir la clandestinidad en las transacciones, de otro modo, nadie sabría si quien le enajena es un verdadero propietario, ni de las eventuales cargas y gravámenes que afectan al inmueble, eso o bien generaría que nadie celebre transacciones inmobiliarias o sumiría al caos el tráfico inmobiliario, para resolver ese problema es que se erigen ciertos métodos, especialmente el de la elección de uno de los tantos que se disputan el mismo inmueble se afronta desde la publicidad, en principio, posesoria, luego registral, auxiliada por ciertas reglas, criterios o llamados principios registrales, como es el caso de la inoponibilidad de lo no inscrito.

Con la claridad y amplitud del que es tributario el autor español García (2005) define que la inoponibilidad registral en concreto significa que “lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito”, en otros términos, por la inoponibilidad registral cualquier derecho real (entre ellos la propiedad) que no ha sido incorporado a los registros públicos carecen de aptitud para tener afectar o perjudicar al tercero que inscribió su derecho sobre el mismo inmueble (T. II, p. 29). La inoponibilidad en resumidas cuentas está referida al menoscabo del derecho que se mantiene al margen de los registros públicos, de manera que, acaecido un evento disruptivo como la adquisición e inscripción de un derecho incompatible por parte de un tercero, aquel derecho que por distintas causas quedó en el limbo extraregistral no tiene la fuerza o potencia necesaria para repeler, menos para prevalecer sobre el derecho incompatible que se halla ya inscrito, aunque este sea posterior. Es una suerte de amonestación, parafraseando lo que Napoleón decía acerca de la unión de hecho, sobre los adquirentes informales es también válido afirmar “ellos ignoran al registro y el registro los ignora a ellos”, más propiamente la ley los ignora, porque hace de cuenta que la transmisión oculta no existe para el tercero con derecho inscrito.

A pesar de las vicisitudes del que ha padecido la categoría de inoponibilidad, Gordillo (2004) coincidiendo con el autor precedente afina la idea al que alude, para él se resumen en: “lo inscribible no inscrito no perjudica al tercero de buena fe” es la categoría registral más clara sobre el que se ha construido el derecho registral español, ello le llevó a Serna a asumirlo como el *principio cardinal* de la Ley Hipotecaria, siendo el precepto que lo instituía el más trascendental pues allí se condensaba su esencia y espíritu; a pesar de ello autores como Gonzáles, Roca Sastre y Pau Pedrón

intentaron silenciarlo diluyéndolo bajo el contenido de la fe pública registral, sin embargo, Núñez Lagos insistiría que el propio sistema registral español fue forjada sobre el pilar del principio de inoponibilidad (pp. 382-384).

La inoponibilidad de títulos no inscritos según Álvarez (2006) va asociada a la limpieza de cargas y cualquier otro derecho oculto sobre el inmueble inscrito, lo que se erige para sustituir la complejidad de la prueba del dominio inmobiliario a través de un método de publicidad, el registro público, que más que un medio de prueba es una forma de garantía de la certeza de las titularidades con proyección de plena eficacia para proteger a los terceros, sin embargo, no debe confundirse, pues el sistema registral no tiene como objeto principal estimular o promocionar adquisiciones *a non domino*, esta es una situación no deseada pero tolerada, porque el fin principal es la limpieza de las cargas ocultas y la protección del adquirente respecto a enajenaciones clandestinas o extraregistrales, parte de una premisa por la cual el registro garantiza al tercero registral, que el titular registral que le enajena no se ha despojado ya antes de la propiedad a favor de otro o que lo ha gravado (pp. 229-230).

En el ámbito peruano Gonzales (2002) comparte la posición que la oponibilidad es una de las manifestaciones del sistema registral de protección al tercero, así cuando se suscita una doble enajenación de un mismo inmueble, el dominio le es atribuida al primero que inscribe su adquisición, porque el registro sirve como un eficaz e idóneo mecanismo institucionalizado de purga de títulos de propiedad ocultos o clandestinos; la venta seguida de inscripción registral, además, también limpia de otras ocultas afectaciones reales anteriores como las cargas o gravámenes, de manera que el nuevo adquirente registral inscrito alcanza un inmueble saneado. En suma, la adquisición del tercero registral es inmunizada respecto a negocios jurídicos que pese a su condición de inscribibles permanecieron al margen del registro, por cuya razón carecen de aptitud para mellar al tercero que sí inscribió. Aclara, no obstante, que el adquirente registral no detendrá inmunidad contra acciones que provengan de nulidad y resolución (p. 925). Cabe advertir, que aquella acción de nulidad no puede estar referida al negocio jurídico en el que interviene el adquirente con derecho inscrito, pues en cuyo caso dejaría de ser tercero, además, para que se quiebre la inoponibilidad la causal invocada no debe tener como premisa fáctica “que el vendedor ya no era propietario porque vendió primero a otro que no lo inscribió”, pues ese argumento aísla y totalitariza el

sistema de transferencia consensual, en consecuencia, también elimina o suprime la función del sistema registral, hace de cuenta que no existe, obviamente una visión así es insostenible.

Téngase muy en cuenta que el criterio de inoponibilidad no es la misma figura que la inatacabilidad del tercero de buena fe registral, son institutos autónomos. El esquema de la inoponibilidad es que el titular registral A enajena a B cuya adquisición se sitúa fuera de registros públicos, A a posteriormente enajena el mismo inmueble a C quien sí lo inscribe, por la inoponibilidad se hace de cuenta que el título de B no existe frente al de C quien es tercero inscrito. Son dos relaciones jurídicas no conexas o sin tracto: $A — B * A — C$. Resulta axiomático que C debe estar premunida de buena fe, es decir, el negocio jurídico celebraron por $A — C$ no debe estar incurso en fraude, en cualquier caso, debe estar libre de vicio de nulidad de lo contrario decaerá, sin embargo, B no puede alegar como premisa de la nulidad que “A ya no detentaba el derecho de propiedad al haberlo enajenado a B”, pues justamente la regla de preferencia que establece la categoría de inoponibilidad en beneficio de la seguridad del tráfico es que excepcionalmente admite la validez de esa enajenación $A — C$. Nótese en el gráfico siguiente:

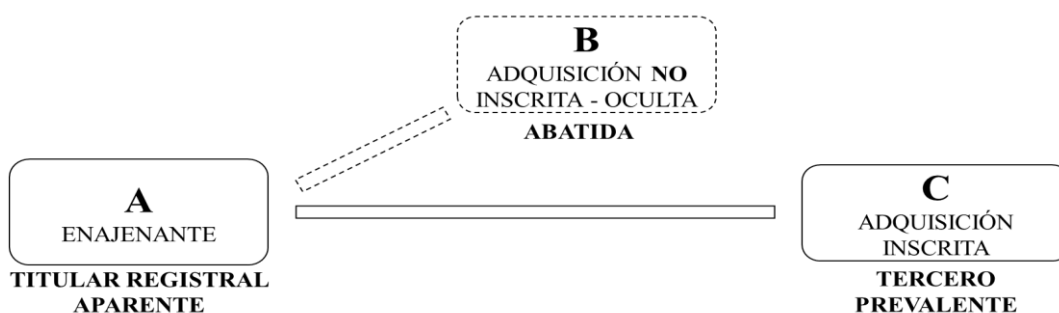


Fig. N° 09 (elaboración propia)

En cambio, tal como se apreciará en la Fig. N° 11, la inatacabilidad del tercero de buena fe implica una conexión $P — S — T$, además, la protección por fe pública resulta ser una categoría más compleja por cuanto reclama algunos elementos adicionales.

Nuestro sistema registral tomó las categorías del sistema hipotecario español, el cual, realizó una mixtura entre principios registrales del sistema “latino”³²⁶ y del sistema “germánico”. El principio de inoponibilidad recoge en su Art. 32³²⁷ y la inatacabilidad del tercero de buena fe de origen germánico en el Art. 34³²⁸ de la Ley Hipotecaria Española. Sobre ello explica Gordillo (2004) que la doctrina española polemizó largo tiempo sobre si la inoponibilidad era una mera reiteración de la protección por fe pública³²⁹ (tesis monista), o si, por lo contrario, la inoponibilidad es una categoría autónoma (tesis dualista), asumiendo el autor la segunda tesis, pues la inoponibilidad tiene premisa y fines propios, sin embargo, a pesar de ser distintos, no son incompatibles, más bien convergen hacia la unidad del sistema registral (pp. 392-427).

El papel que desempeña la inoponibilidad es análoga a la inscripción constitutiva, pero sin necesidad de transitar por las complejidades que representa la implementación de la segunda, además, la primera goza de mayor utilidad social pues logra la tutela a ciudadanos que de lo contrario quedarían a merced de la envestida de la clandestinidad, desde una perspectiva dualista, la inoponibilidad represente una forma de inscripción constitutiva específica respecto al tercero que inscribió su adquisición, pero entre las mismas partes la transferencia sigue operando en el marco civil, por todo ello la

³²⁶ Hace casi una centuria el conocido autor González y Martínez (1924) explicaba que existían varios sistemas hipotecarios. (i) El sistema romano o de clandestinidad. (ii) Sistema de transcripción. (iii) Germano o de publicidad y (iv) el sistema Torrens o de titulación real (p. 121). El sistema romano no es propiamente un sistema registral o hipotecario, es más bien un sistema de transferencia que queda fuera.

³²⁷ “Artículo 32.

Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero” (Ley Hipotecaria Española, 1946, Ministerio de Justicia (20/03/1946).

³²⁸ “Artículo 34.

El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente” (Ley Hipotecaria Española, 1946)

³²⁹ Corrobora esta tesis Álvarez (2006) cuando señala que la academia hipotecaria española ha entendido la inoponibilidad de títulos no inscritos como mera extensión de la fe pública registral prevista en el Art. 34° de LH, por ejemplo, para Roca Sastre, el Art. 32 y 34, representan las dos caras de una misma moneda, esto es, de la fe pública registral, siendo el Art. 34, el lado positivo y el primero de los referido la faceta negativa (ppp. 238-239)

inoponibilidad constituye el más avanzado elemento o la más completa comprensión del sistema registral (García, 2005, T. II. pp.32-33).

Una posición algo más menguante respecto al valor de la inscripción registral ofrece Álvarez (2006) quien asegura que la propiedad es un fenómeno que discurre sin la condicionante registral, pues la transferencia, inclusive la publicidad y su prueba, opera independientemente del registro, por cuanto más se funda en la posesión (usucapión, ocupación, *traditio*), lo que revela que la propiedad escenifica al hombre en un contacto directo con las cosas que el registro como un orden artificial no puede subrogarla, ni determinarla, la suma de todo ello es que la inscripción no sustituye a la transmisión por entrega posesoria, si esta es “manifiesta”, inclusive tiene aptitud para oponerse a la inscripción registral, salvo que el adquirente registral haya obrado de buena fe (pp. 241-242).

Es verdad que el culto a la apariencia registral como el más evolucionado sistema de procura de la seguridad jurídica no debe conllevar hacia el extremismo registral, sin embargo, también es necesario no caer en el extremismo de la propiedad extraregistral o informal porque ello conlleva al culto de la clandestinidad de las transacciones inmobiliarias. Además, la crítica menguante al valor del registro formulado es innecesaria, puesto que en la premisa de la buena fe en el adquirente inscrito ya está ínsito la posesión, pues en un sistema registral declarativo desde ninguna perspectiva sería defendible la prioridad de un adquirente registral que no verificó la posesión del enajenante, ella representa la más objetiva manifestación de su buena fe. Por lo contrario, exaltar esa realidad clandestina como un fenómeno superior al orden registral tachándolo a esta última de artificial es algo excesiva, pues, en todo caso, convendría volver a un estado inicial donde los registros públicos no existían ¿Sería conveniente eso para la seguridad jurídica inmobiliaria? Parece que no, porque una propiedad carente de certeza jurídica no es auténtica ni eficaz. Además, esa realidad al que exalta Álvarez ni es “tan realidad” porque en España la transferencia inmobiliaria no opera a través de la entrega posesoria, sino a través de la *traditio* instrumental (segundo párrafo del Art. 1462 del) que tampoco deja de ser una construcción artificial ¿Por qué esa apariencia documental tendría que ser superior a la apariencia registral? Además, el Art. 1473 del Código Civil es claro en señalar que en una eventual pluralidad de enajenaciones se prefiere al comprador que ha inscrito primero, es decir,

la inoponibilidad de lo no inscrito no sólo es un criterio del derecho hipotecario, sino es una regla del propio Derecho Civil, de cualquier modo, la transferencia inmobiliaria vía *traditio* instrumental no debe percibirse ni explicarse como una realidad aislada sino conexas a ese constructo “artificial” que es el registro.

Gordillo (2004) contesta indirectamente a quienes pretenden pulverizar el principio de inoponibilidad a la mera extensión de la fe pública. A su consideración aquello es inaceptable porque excluye de la protección registral al adquirente que inmatricula pues carecería de cobertura frente al adquirente clandestino por que si se reduce a la fe pública le faltará la condición esencial que es haberlo adquirido de titular registral previamente inscrito, en consecuencia, el adquirente extraregistro tranquilamente podría afectarle vía reivindicación. Acierta en que también el inmatriculante se halla bajo la cobertura del principio de inoponibilidad, pues ello cuadra con la naturaleza sustantiva de la inscripción latina³³⁰, dado que la buena fe en este caso deviene de una situación extraregistro, de manera análoga a que la simulación y sus figuras adláteres no afectan al tercero que lo ignora no porque provengan de una inscripción registral del acto simulado, sino porque extraregistro ya está señalado que la simulación no trasciende a la relación de los propios simulantes menos en perjuicio de terceros (pp. 421-424). Más adelante aclara que, entonces, la protección registral no sólo se reduce a quien contrató sobre la base de la publicación registral, sino que también tutela a quien a pesar de carecer de antecedente registral se adelanta en su publicación a través de la inmatriculación (p.430).

Es importante hacer énfasis el “tercero de la inoponibilidad” y los rasgos que exige. Como señala García (2005) hay que iniciar desde el tercero en general, el cual construye desde una perspectiva negativa, es decir, asociada a los sujetos de derecho que no son parte de una relación jurídica, los ajenos a la relación. Este constructo resulta de alta utilidad en tanto permite atribuir rasgos de distinción entre los derechos de crédito y los derechos reales, además, permite apuntalar la cualidad esencial de estos últimos, su *absolutividad*, porque los derechos reales producen efectos *erga*

³³⁰ La protección del tercero vía inoponibilidad es de raigambre romana es una extrapolación de la prevalencia del propietario *quiritario* sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario, mientras que la tutela al tercero vía fe pública registral es de ascendencia germánica, permite la adquisición a *non domino*, una extrapolación de la vieja *Gewere* (Carretero, citado por Gordillo, 2004, p. 449).

omnes —frente a los terceros en general—, inclusive permite distinguir entre los derechos reales no inscritos y los inscritos, en tanto estos alcanzan el más superlativo de grado absolutividad por gracia de la inscripción sin cuya publicidad es inconcebible de la eficacia *erga omnes* de un derecho que nadie conoce (p. 33-35).

Partiendo del tercero en general, el mismo García (2004, p. 36) expresa los rasgos condicionantes para la configuración de un tercero registral:

- (a) Ser ajena a una relación jurídica.
- (b) Que sea parte en otra relación jurídica.
- (c) También es preciso que ambas relaciones jurídicas guarden conexión transversal.
- (d) Una de las relaciones jurídicas debe afectar la otra.
- (e) Que el tercero sea un adquirente registral.

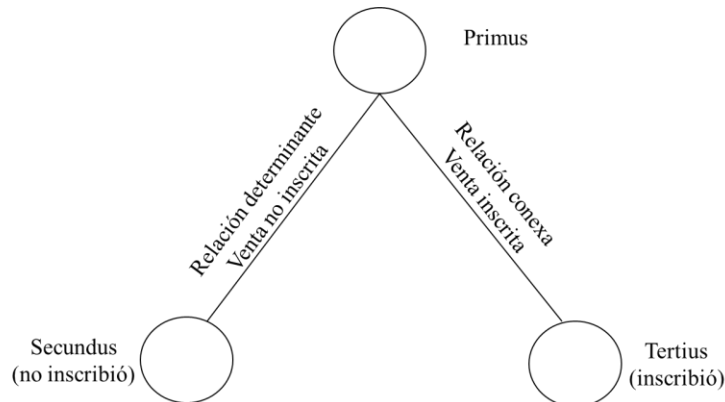


Fig. N° 10

(García, 2005, T. II, p. 48)

Algunos de los requisitos de configuración del tercero de la inoponibilidad que formula García son reiterativos. Mas bien conviene ser reconfigurada a lo siguiente: —a) Existencia de una relación jurídica no inscrita del que no es parte, —b) pertenencia a otra relación jurídica inscrita excluyente y —c) ambas relaciones deben estar referida un mismo bien. A ello es necesario añadir que el tercero debe haber obrado de buena fe en la configuración de su relación inscrita.

El tercero de la inoponibilidad es diferente al tercero de la fe pública, quizás más débil y residual, pero otro tercero, al fin y al cabo, tal como insiste Gordillo (2004), a pesar de ello con algunas coincidencias, la más relevante, ambas categorías se refieren a titulares inscritos, pero cada uno con peculiar inmunidad. Para este autor el primer requisito es la inscripción del propio acto adquisitivo. El segundo requisito exigible a pesar que para el sistema latino la buena fe no es un requisito, el sistema español, en el caso del tercero registral por inmatriculación, exige la buena fe expresada en la confianza respecto a que quien le enajena no lo había transferido a favor de otro, en otros términos, imposibilidad de conocer de la anterior trasmisión oculta. También considera como requisito exigible onerosidad en la adquisición inscrita, pues como bien predica Núñez que no hay ningún dispositivo legal que proteja a la mala fe (pp. 484).

El Código Civil peruano vigente recoge el sistema de inoponibilidad de lo no inscrito fundamentalmente en los artículos 1135° (ya referido *ut supra*) y el Art. 2022, este último señala que la oponibilidad de derechos reales inmobiliarios está sujeta a inscripción previa del derecho opuesto. Aquellos dos artículos son elementos configuradores del sistema de transferencia inmobiliario conjuntamente con el Art. 949 que recoge el sistema consensualista. Existen otros casos de oponibilidad, por citar algunos, el Artículo 912° según el cual la presunción de propiedad del que detenta el poseedor no puede ser opuesta al propietario inscrito, de la misma forma, según el Art. 1591° la reserva de propiedad sin inscripción previa es inoponible a terceros.

(iii) Inatacabilidad del tercero registral de buena fe, el segundo ámbito.

De la narrativa de los autores españoles resulta evidente que con el sistema de oponibilidad coexiste el criterio de inatacabilidad del tercero registral de buena fe, que proviene del sistema germánico, en buena cuenta, se recogió un elemento trascendental del sistema registral constitutivo cuya morigeración por haberse adoptado en un sistema registral declarativo corresponde un abordaje ecuánime. Lo que se puede ir adelantando es que el “tercero registral” resulta el centro gravitacional sobre el que gira el derecho registral y su inatacabilidad es otro principio o criterio que va en esa misma orientación.

Como para contextualizar, correlacionar, pero a su vez, diferenciar las categorías registrales más importantes, es preciso recordar conforme lo hace Álvarez (2006) que el registro no sólo presume la propiedad a través de la legitimación registral, además, otorga la titularidad al primero que inscribe en caso de múltiple enajenación y limpia de cargas personales pretéritas, sino que, inclusive, excepcionalmente, avala la adquisición a pesar que el enajenante no era el verdadero propietario, ya sea porque su título inscrito era inválido o ineficaz, siempre que el tercero adquirente inscriba su derecho. Así, la conservación de la titularidad adquirido por tercero de vertiente germánico significa un enorme cambio cualitativo de un sistema de mera inoponibilidad de títulos carentes de inscripción y de expurgación de cargas que es herencia del sistema francés (p. 255).

Se entiende por la fé pública registral a la inmunidad del que goza el tercero que adquirió de un titular registral que en la realidad no lo era pero que premunida de la presunción de exactitud otorgó el derecho real a favor del adquirente, quien a su vez inscribió su adquisición, siempre que haya obrado de buena fe y a título oneroso. García (2005) entiende por aquella categoría como la inalterabilidad de la adquisición *a non domino* del tercero que inscribe su derecho en virtud a la legitimación registral del titular enajenante con las demás exigencias previstas por la Ley. Hace notar que la adquisición *a non domino* se sustenta en la legitimación registral sustantiva para disponer del titular enajenante y la inscripción del derecho adquirido por el tercero que efectuó sobre aquella, desde allí resulta evidente la existencia de relación estrecha entre la legitimación registral y la fe pública registral (T. II, p. 227).

La existencia misma del registro de la propiedad está edificada sobre una finalidad muy específica, esto es, la de otorgar seguridad o inmunidad al adquirente inmobiliario para que se suprima las posibilidades de decaimiento de su adquisición a causa de inexistencia o resolución del derecho de su transferente (La Cruz, citado por Chico, 2000, p. 227).

Gordillo (2006) propone entenderlo desde la fiabilidad objetiva de la publicidad registral por el cual el universo de agentes inmobiliarios pueden confiar en la información que ofrece los registros públicos, para su efectividad exige una premisa de certeza y exactitud que se deriva del Art. 892 del *BGB*, desde el cual el tercero que

inscribe adquiere el derecho enajenado, aunque la publicación del derecho del que transfiere no sea cierta o padezca alguna patología, siempre que aquellas deficiencias no estén notificados registralmente; que desde su versión germana supera la mera visión negativa y preclusiva de la publicidad latina, asentando, en su lugar una presunción de *iure et de iure* o ficción legal de exactitud e integridad de la información registral, de manera que para el tercero la información inmobiliaria que publica el registro es toda la verdad (pp. 511-512).

También se le atribuye la denominación de principio de publicidad, según González (1924), quien luego explica que la fe pública se puede asumir desde una perspectiva material o sustantiva, pero a su vez, también formal. Se puede alcanzar un entendimiento más gráfico de su primera vertiente asumiendo que la fe pública constituye una contracorriente a ese arcaico adagio romano por el cual nadie transfiere más derecho del que ostenta, guarda más afinidad con un postulado de la otra orilla, esto es, la validez y garantía de la adquisición *a non domino* de quien es aparente titular registral. Es que quien adquiere e inscribe un derecho vía negocio jurídico oneroso, de un titular inscrito, se mantiene en dicha situación por más que la de su titular careciera de realidad jurídica, pues pasa a ser el corolario de la presunción de exactitud del registro, de manera que se transforma en una ficción *iuris et de iure*. Ello es posible dado que la fe pública ostenta una faceta positiva por la cual el derecho real que está inscrito existe verdaderamente y es válido, además, la faceta negativa genera exclusión de una realidad externa a la registral, de manera que fuera de ella, no existe ninguna situación jurídica de naturaleza real. En síntesis, más que una presunción es una ficción absoluta que rechaza prueba en contra, en otros términos, asegura la adquisición del tercero que lo inscribe, aún cuando se demostrara que el derecho de su causahabiente no existía o no era válido (p. 214-216).

Naturalmente el criterio de la adquisición por virtud de la fe pública es materia de acalorados debates no resueltos, además, está la complejidad tampoco resuelta del aspecto que aborda sobre cuál es la intensidad de este sistema de origen germánico combinado con los sistemas latinos, es decir, ¿Cuáles son los límites de aquella regla que es propio del sistema registral constitutivo insertada a un sistema registral declarativo? La discusión ha cobrado mayor realce especialmente en la doctrina española. Traer aquí todo ese debate desborda el ámbito de esta investigación, a pesar

de ello, la tesis que se asume es que la extrapolación de aquella regla hacia los sistemas declarativos significa un mayor acercamiento al sistema registral sustantivo y un alejamiento respecto al sistema francés de mera publicación, no obstante que la transmisión inmobiliaria es un evento que se produce extraregistralmente al combinarse la legitimación registral y la fe pública registral, en aras de la seguridad jurídica, la realidad extraregistrada está subordinada a la realidad registral, cuyo resultado final será la prevalencia de esta última a favor del tercero, siempre que haya obrado de buena fe.

En ese sentido, se cree que el efecto de la fe pública es equivalente tanto en los sistemas registrales declarativos como en los constitutivos, pues en cualquiera de los escenarios, por virtud de tal criterio, el tercero que adquiere de un titular registral, de buena fe, y luego inscribe su derecho, será inatacable a pesar que el derecho de su transferente no existía o existiendo decae por causas que no constan en los registros públicos. Ello corrobora que la diferencia esencial no está en los efectos de aquel principio, sino particularmente *ex ante*, esto es, en la abstracción o causalidad de la inscripción; al margen de ello, en ambos sistemas, la fe pública genera una ficción de exactitud de pleno derecho a favor del tercero de buena fe una vez que este haya inscrito.

A diferencia de Gonzáles, Chico (2000) sí considera que hay una presunción *iuris et de iure* que se genera por la fe pública registral en tanto el registro inmobiliario conlleva a una protección dual a través de dos ámbitos, el primero, la legitimación registral que es *iuris tantum*, pero que con la irrupción del tercero de buena fe se genera en una presunción de pleno derecho. Desde allí el autor discrepa que se trate de una adquisición *a non domino*, postula mas bien que su consecuencia es la irreivindicabilidad del inmueble, pues la conservación de la adquisición del tercero es el reflejo que a aquel no le mella la pretensión reivindicatoria por el verdadero propietario (pp. 228-231).

Parece que el autor incurre en un equívoco pues no se trata de inmunidad frente a la reivindicación del que detenta la titularidad fuera de registros públicos, sino de la adquisición del derecho de propiedad del tercero, de otro modo, el titular no registral podría ejercer otras facultades sobre el inmueble, además, podría reivindicar respecto a otros sujetos diferentes al tercero registral, por ello, es desacertado reducir a la mera irreivindicabilidad, se trata de la extinción de la propiedad extraregistrada a favor del

tercero registral quien por ficción legal y en aras de la seguridad adquiere de un no propietario (titular registral aparente).

La garantía de inatacabilidad del derecho del tercero de buena fe, según la doctrina y las diversas fórmulas legales exige ciertos presupuestos concurrentes, García (2005, p. 230) señala:

- (a) Que se haya contratado sobre la base de la información registral (apariencia).
- (b) Decadencia del negocio jurídico que sustenta el aparente derecho del causahabiente, sea por nulidad o resolución con incidencia real.
- (c) Discrepancia entre la publicidad registral y la realidad.
- (d) Adquisición inmobiliaria por el tercero de un no propietario, para ser más exacto de un aparente propietario.

Gordillo (2006) examina de manera más amplia las condiciones para la activación de la protección al tercero a través de la fe pública registral, asegura que deben cumplirse:

- (a) El tercero como un sujeto imprescindible, entendido éste como un sujeto que no ha participado en el negocio jurídico primigenio, es tercero quien no es parte ni originario ni sobrevenidamente, de manera que se define por su nota negativa, no ser parte. Siguiendo el Art. 27 de la Ley Hipotecaria española tercero es aquel que no ha intervenido en el negocio jurídico inscrito, referida este, no al contrato a favor del tercero, sino el contrato del que nació el asiento registral, imbuida del cual el enajenante celebró el contrato a favor de aquel, en síntesis, tercero respecto al contrato inscrito del cual se deriva su propio contrato, en el cual confió. (p. 564-567)
- (b) La confianza en la integridad de la publicación registral, es decir, el tercero necesario, no es cualquier tercero, es uno que ha obrado de buena fe, no posee otra información aparte de la información registral de tal forma que desconoce de la inexactitud registral, pues el carácter axiológico del Derecho proscribire la protección registral a quien conoce de la ajenidad del bien, ya que bajo ninguna circunstancia los criterios registrales otorgan preferencia a quien a sabiendas atropella un derecho ajeno, sino que la fé publica está pensada y diseñada a quien confía en en la información registral convencido que es el fidedigno

reflejo de la realidad. Hay que destacar pues que la buena fe del tercero no es un requisito cualquiera, no es un requisito más de protección registral como tantos otros posibles requisitos, sino que ostenta la cualidad extrema de fundamento y razón (p. 568) de tal protección al tercero, es decir, o hay tercero con buena fe o no hay, así de categórica es su trascendencia.

La buena fe exigida no es de cualquier naturaleza o tipo, en el ámbito peruano está entendida que debe ser la buena fe diligencia³³¹, ni más ni menos. En cambio un sector de la doctrina española, converge en que la buena fe exigida es puramente intelectual, no se exige diligencia, la tiene el adquirente que ignora de las inexactitudes y vicios que minan la titularidad del transferente, por ello, asumen que no debe llevarse a exigencias extremas, pues eso generaría clandestinidad inmobiliaria, más bien es suficiente la buena fe de tráfico o en sentido contrario, el grado razonable es rechazar la mala fe-fraude; el requisito de la buena fe hay que tratarlo con mucha ponderación, porque como señala De la Rica, es una suerte de espada de Damocles, un paso de más conlleva a la reducción del valor de los asientos registrales a meros actos formales carentes de efectos, un paso de menos conlleva al registro en un auténtico medio que celestinee el fraude (Chico, 2000, pp. 260-262). Opinión contraria asume Gordillo (2006) transitando por el camino de La Cruz – Sancho, dado que la exigencia de la conducta humana de un mínimo de diligencia va inmanente a la propia categoría de buena fe, es que al ostentar un rasgo moral lleva implícito que para ser favorecido con la fe pública el tercero debe haber desplegado una conducta diligente (p. 605). De ahí mismo surge la cuestión ¿Qué implica la actitud diligente? ¿Es suficiente con que haya consultado registros públicos o hecho alguna indagación sobre la situación extraregstral? Desde nuestra opinión no es suficiente con la consulta registral, por lo menos se exige que el tercero adquirente se cerciore si quien le vende ejerce posesión sobre el

³³¹ El deber de buena fe diligencia en contraposición a la mera buena fe creencia es un criterio consolidado de la Suprema Corte: “Debido a la importancia que supone la compraventa de un bien inmueble y estando a los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios, la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario” (Casación 3187-2013 - Cajamarca).

inmueble como un elemento indiciario de un propietario extraregstral, reducirlo a la mera consulta registral trastornaría el sistema registral, la idea es que quien adquiera un derecho de un titular registral no lo haga conociendo de la existencia de otro titular no inscrito, sino que haga bajo un auténtico juego limpio.

Sobre el momento en el que debe concurrir la buena fe del adquirente el mismo Gordillo (2006) acota con la interrogante ¿Cuándo es exigible el requisito de la buena fe para el tercero: cuando el tercero adquiere o inscribe su adquisición? Para responder luego que en el registro no constitutivo al momento previo de la adquisición requiere que el tercero esté en la situación de buena fe que, sin embargo, debe inscribirlo (pp. 632-633). Por su parte Chico (2000) afirma que Sanz y La Rica consideran que la buena fe debe mantenerse durante la inscripción, mientras que para Núñez Lago y Roca Sastre la buena fe debe mantenerse durante el momento de la transferencia, es decir, si el adquirente se entera de la inexactitud con posterioridad a la consumación no será afectada (p. 263). En la consideración de esta investigación, respecto al momento de la la buena fe, hay que exigir que sea hasta el momento en el cual el adquirente haya pagado el precio, pues ahí es que se generará el desequilibrio patrimonial, de otro modo, por ejemplo, si compró con contraprestación de pago diferido, aún tendrá ocasión de resolver el contrato e imputar daños y responsabilidad civil al vendedor que funge de propietario aprovechando la inexactitud.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos se decantan por la presunción legal *iuris tantum* de la buena fe, Gordillo (2006) señala que la buena fe es la columna vertebral, pues sin ella es imposible que el tercero se acoja a la fiabilidad registral, tampoco tiene que probarla, más bien es quien cuestiona el que carga de acreditar que aquel adquirió a sabiendas de la inexactitud registral, se trata entonces de una presunción derrotable porque la publicidad no sustituye la realidad por lo cual en caso de vencerse la presunción prevalecerá la situación real, pero la presunción de buena fe está en primera línea porque en términos de Díez-Picazo es una derivación de la presunción general de buena

fe por el cual la actuación de las personas es considerada leal y honesta hasta cuando se pruebe lo contrario (pp. 650-653).

Las condiciones específicas legalmente previstas para la tutela del tercero de buena fe son uniformes en todos los sistemas registrales declarativos y tal como los agrupa García (2005), los requisitos concurrentes exigidos son: (i) adquisición efectuada por tercero vía negocio jurídico; (ii) validez del negocio de adquisición; (iii) inscripción previa del derecho del transferente; (iv) ausencia de información registral de las causas de inexactitud o de la invalidez; (v) la onerosidad de la adquisición por parte del tercero; (vi) necesaria inscripción de la adquisición del tercero y (vii) la adquisición del tercero esté premunida de buena fe (p. 253).

La tutela del tercero de buena fe en el Código Civil peruano está regulada en su Art. 2014, que luego de la reforma introducida por la misma Ley N° 30313 quedó redactada así:

“Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral

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, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”

La redacción recoge todos los presupuestos de la buena fe establecidas en la doctrina española referida *ut supra*, adquisición derivada, tercero, buena fe, título oneroso, inscripción previa del derecho del enajenante, inscripción de la adquisición del tercero, presunción *iuris tantum* de la buena fe e inexistencia de constancia registral de la inexactitud que desde la reforma se extiende hasta los títulos archivados, cuando antaño el vacío permitía a cierto sector jurisdiccional considerar que la publicidad se limitaba sólo a la consulta del asiento registral mas no alcanzaba hasta los títulos archivados (por lo menos no había posición uniforme zanjada).

Para efectos prácticos la inatacabilidad del tercero de buena fe es que el decaimiento del derecho del enajenante por la ineficacia (devenida de invalidez o resolución) del negocio jurídico antecedente no tiene como efecto el abatimiento de la adquisición del

derecho adquirido de buena fe por el tercero a título oneroso, quien a su vez lo ha inscrito, siempre que las causas de la ineficacia no se puedan advertir de la información registral. Es común representar a la inatacabilidad del tercero por la fe pública registral de un modo en el cual el titular inscrito P enajena a S este inscribe y S enajena a T quien también inscribe, el abatimiento de la relación P — S no perjudica a T, el esquema es lineal (P — S — T), la representación siguiente es la más aproximativa:



Figura N° 11 (elaboración propia)

El autor García (2005) entiende que la relación primaria o antecedente (P — S) es una relación determinante que a pesar de estar viciada no perjudica a la relación que nace sobre la base de ella misma denominada relación conexa (S — T) en tanto T no es parte de la relación determinante, siendo que existe una relación lineal entendida como transmisiones sucesivas o una tras otra, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

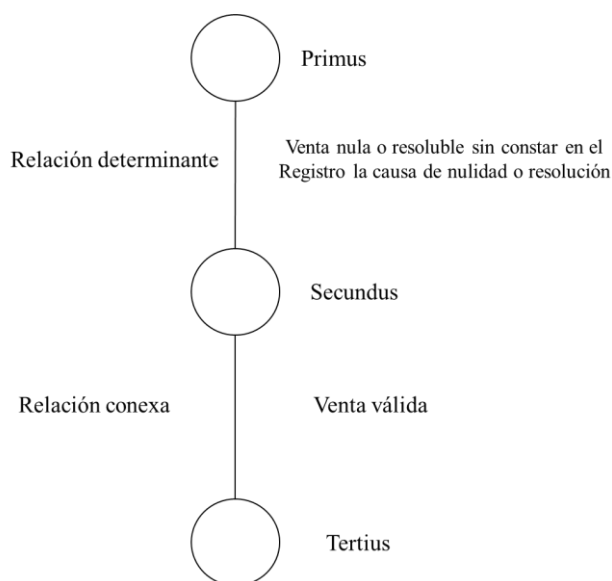


Figura N° 12 (García, 2005, p. 49)

La regla de inatacabilidad del tercero de buena fe exige también que el Art. 949 que establece la transferencia consensual sea entendida también con las limitaciones que establece el Art. 2014, es decir, que la decadencia del título o derecho del titular registral quien actúa como transferente del tercero por la existencia de cadena de transmisiones paralelas extraregistrales carecen de fuerza vinculante para derribar el derecho del tercero salvo que este hubiera conocido de la existencia de tal derecho consensualmente instaurado.

El caso más gráfico para entender la necesaria subordinación de la transferencia meramente consensual con respecto a la inatacabilidad de la buena registral está representado por: el titular registral A enajenó a favor de B quien no lo inscribe, A celebra un nuevo contrato con C quien conociendo de la primera venta lo adquiere y lo inscribe, amparado en aquella inscripción C enajena a favor de D quien también inscribe y actúa de buena fe pues desconoce de la existencia del acto jurídico A — B. Se identifica acto jurídico NO inscrito A — B y los actos jurídicos A — C — D, si la relación A — C colapsa a causa de que C conocía de la adquisición extraregistral de B, la relación C — D se mantendrá incólume, de manera que el derecho adquirido por D se erige como inatacable esencialmente a causa de su buena fe.

Precisa Gordillo (2008) que cuando se cumplen los siete presupuestos, se activa el efecto protector o la barrera de inmunidad de la fe pública a favor del tercero, esto es, mantenimiento en su adquisición pues la fórmula legislativa converge ha hacerlo

inatacable y firme para supuestos siguientes: (i) cuando el tercero adquirió radicalmente a *non domino*, es decir, de uno que aparecía publicado en el registro como propietario a pesar que realmente el titular es otro; (ii) cuando el tercero adquiere de un titular amenazada o inestable, es decir, la adquisición sobre la base de titularidades claudicantes por causas sobre los que registros públicos guarda silencio (por ejemplo la resolución del contrato) al ser eventos extraregistrales y (iii) la adquisición de un titular con su derecho gravada por derecho real o carga ocultos (pp. 1131-1149).

En la doctrina nacional el profesor Mendoza (2015) explica desde la estructura muy conocida de A — B — B — C en el cual: (i) ambas titularidades se encuentren inscritas, (ii) el primer negocio jurídico es patológico, (iii) y si el segundo negocio jurídico es válido, (iv) a pesar de la patología del primer negocio jurídico A — B, C, quien es tercero respecto a aquella relación, adquiere la titularidad a *non domino* si cumple las condiciones de “tercero cualificado”. Se erige así la inmunidad del tercero de buena fe, sobre la base de la fe pública registral que exige: (a) adquisición de derechos por causa onerosa, (b) legitimación de las inscripciones, (c) confianza, (d) buena fe, (e) inexactitud registral y (f) el tercero debe haber inscrito su adquisición. Para el autor mencionado la fe pública registral es un supuesto de hecho complejo que encierra dos aristas, el primero, la adquisición a *non domino* y, segundo, la protección de la adquisición. (p. 19).

5.3.2. Acromatopsia en el plenario de jueces superiores civiles de noviembre de 2020 pone en grave riesgo la seguridad jurídica inmobiliaria.

Ese supuesto muy recurrente y repetido hasta el hartazgo en el cual A quien luego de haber enajenado ya a favor de B un inmueble inscrito, aprovechando de la apariencia registral que se genera porque B aún no inscribió su adquisición A vuelve a enajenar a favor de C, conocida como doble venta, fue abordado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de Jueces Superiores, llevada a cabo el 24 y 25 de noviembre de 2020.

En la situación precedente es usual que B demande la nulidad de la venta A — C y bajo el fundamento que A carece de facultad de disposición al haber transferido previamente a B. En otras ocasiones, cuando C pese a haber inscrito su adquisición no ha tomado posesión del inmueble, es común hallar demandas de mejor derecho de propiedad y reivindicación, bajo el argumento que su adquisición es prevalente por gozar de inscripción frente al de B que es una adquisición no inscrita. La respuesta de la justicia civil ha sido desordenada al respecto, pues un sector considera que el segundo contrato es nulo bajo diversas causales (imposibilidad jurídica, fin ilícito, vulneración a las normas que interesan al orden público), mientras que otro sector considera que la nulidad no es el mecanismo jurídico para dilucidar, sino que tal conflicto se resuelve bajo las reglas de la doble venta prevista en el Art. 1135 del Código Civil o inclusive bajo el principio de oponibilidad registral prevista en el Art. 2022° del C.C.

El pleno se organizó para tratar, entre otros temas, “la segunda compraventa en un acto de doble enajenación, ¿nula o válida?” luego se formuló la interrogante sobre si “¿Es nulo o válido el segundo contrato de compraventa de bien inmueble celebrado por el mismo vendedor con un diferente comprador?” (CIJ Poder Judicial del Perú, 2020, p. 12).

El pleno significó un desacierto desde la formulación misma del problema en el cual se asumió una perspectiva encasillada a la nulidad o invalidez, sin considerar que la disputa de dos compradores de un mismo inmueble tiene otros mecanismos de cuestionamiento judicial como el mejor derecho de propiedad, la reivindicación o la oponibilidad registral, en cualquier caso, una acción de determinación judicial de titularidad respecto al inmueble disputado. La interrogante que permite abordar con mayor suficiencia la dilucidación de la disputa de dos compradores de un mismo inmueble sería ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la doble venta inmobiliaria con inscripción registral y sin inscripción registral en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cómo debe resolverse y a quién le corresponderá el derecho de propiedad cuando dos compradores de un mismo vendedor reclaman el mismo inmueble como consecuencia de la doble venta?

Si la pregunta formulada ya partía de una concepción muy limitada del fenómeno de disputa por la doble venta, las ponencias elaboradas y presentadas a los jueces participantes terminaron por agravar el plenario emprendido, en tanto por la metodología seguida estos estuvieron sin posibilidad de construir otras respuestas o formular correcciones. Las dos únicas ponencias fueron las siguientes:

La primera ponencia: “El segundo contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado por el mismo vendedor con un distinto comprador, es nulo por alguna o algunas de las siguientes causales: (i) finalidad ilícita, (ii) objeto jurídicamente imposible, y/o (iii) ser contraria a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres” (CIJ Poder Judicial del Perú, 2020, p. 12).

El fundamento de la ponencia es que por lo dispuesto en el Art. 949° del C.C. con su sola obligación de enajenar, al momento de celebrar el segundo contrato el bien inmueble había salido de la esfera patrimonial del vendedor, de manera que se trata de la venta de un bien ajeno, que conlleva a la nulidad del acto por cualquiera, simultáneamente, por varias o, todas las causales señaladas *ut supra* y previstas en el Art. 219° del C.C. Desarrolla que la causal de finalidad ilícita se configura por el propósito de defraudación en perjuicio del primer comprador catalogada además como ilícito penal de estelionato, mientras que la imposibilidad jurídica se configura porque nadie puede vender una cosa que no le pertenece y, la vulneración al orden público se origina porque el Art. 70° de la Constitución establece el carácter inviolable de la propiedad “de acuerdo con el cual, lo previsto en el Art. 949° no permite la doble venta de un mismo bien (Ibíd, p. 13).

Es importante anotar que se enfatiza en que la segunda venta no puede ser convalidada, “con independencia de su eventual inscripción o estado subjetivo con que hubiese intervenido el segundo comprador” (Ibíd, p. 13). Agrega que en caso que el segundo comprador inscrito hubiera enajenado a un tercero este a pesar de la nulidad, por imperativo del Art. 2014° estará protegido en su condición de tercero de buena fe.

La segunda ponencia: “El segundo contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado por un mismo vendedor frente a un distinto comprador es un contrato válido pero susceptible de ser declarado ineficaz frente al primer comprador, para lo cual se

deberá tener en cuenta la aplicación de las reglas establecidas en el Art. 1135° del Código Civil”

Como fundamento de esta ponencia se establece que, si bien por la regla consensual en la transferencia inmobiliaria el primer comprador alcanzó la propiedad, empero la segunda compraventa no es nula, pues el Art. 1409 del C.C permite establecer como objeto de la obligación sobre bienes ajenos. Da cuenta también que el Art. 1135° establece un elenco de preferencias encabezada por el contrato que goce de inscripción de buena fe, sin importar la antigüedad de la adquisición por lo que el segundo contrato, a pesar de ser efectuada por quien ya no era propietario al haberlo vendido antes, puede prevalecer frente a este; este supuesto, descarta que la segunda venta sea nula, pues si es nula no sería admisible su prevalencia. Adiciona que la venta de bien ajeno tiene su propio remedio que es la rescisión prevista en el Art. 1539°. De manera que no es la nulidad el camino, sino la ineficacia y esta opción es la que guarda relación con la tutela del tráfico jurídico en cuanto protege a los compradores que adquieren confiando en la información registral y desconociendo de la primera venta. Finalmente, señalan que esta solución jurídica permite a que el primer comprador en ciertas situaciones pueda oponer su derecho al segundo comprador, con la ventaja adicional que no está sujeta a prescripción liberatoria, además que excluye a ese vendedor doloso que además de haberse aprovechado de los dos compradores si se opta por la nulidad podría inclusive valerse de este remedio (Ibíd. p. 14-15).

Llegado el día de la votación, sin muchas opciones, la mayoría de los magistrados participantes del pleno votaron por la primera ponencia, es decir, por la nulidad de la segunda venta bajo alguna, varias o todas las causales allí enumeradas (Torres, 2020).

He comenzado señalando la acromatopsia que es definida por la ciencia médica como un “padecimiento visual en personas que no pueden discriminar entre colores, o sólo aprecian algunas gamas de colores” (Perales, Lozano y López, 2018, p. 85); es un desorden visual por el que usualmente perciben sólo los colores blanco y negro. Es dable una analogía de acromatopsia respecto a la organización del plenario, toda vez que con la formulación de los problemas, tanto peor, con la votación a favor de la tesis de nulidad *per se* de la segunda venta inmobiliaria, los operadores jurídicos intervinientes del pleno han mostrado limitaciones para percibir todos los

componentes del sistema de transferencia, perciben sólo la transferencia consensual, más no se percatan (u omiten) la buena fe, la oponibilidad registral y otros elementos jurídicos imperativos en la adjudicación del inmueble en una disputa por pluralidad de personas que se autoproclaman titulares.

El plenario, y propiamente el acuerdo, significa un suceso atroz para la seguridad jurídica en las titularidades inmobiliarias, a continuación, explicaré por qué. Para buena fortuna, no es un acuerdo vinculante, sin embargo, es capaz de generar tendencias jurisprudenciales y caos en el tráfico inmobiliario, pues se trata nada menos que de acuerdo de jueces superiores civiles, quienes resuelven en apelación disputas de propiedad inmobiliaria, de modo que a pesar de no ser vinculante puede tener un valor persuasivo, sobre todo, nos muestra la precariedad de nuestro sistema judicial.

Es que la política legislativa adoptada en el tráfico inmobiliario es el consensualismo, pero no debe ser leído como un consensualismo extremista, sino más bien como un consensualismo condicionado o atenuado por principios básicos de seguridad jurídica como la inoponibilidad registral (Art. 2022) y la propia doble venta inmobiliaria establece una salida alejada de la nulidad *per se* de la segunda venta.

La tesis de la nulidad *per se* que emula el pleno *sub examine* ha terminado por suprimir o socavar cualquier rol del sistema registral en que se asienta la seguridad jurídica de la transferencia inmobiliaria, porque si va a prevalecer sin más la primera compra consensual, por más oculta que ésta haya estado, qué sentido cabe en que los actores inmobiliarios confíen en la información registral, para qué ya tenemos un sistema registral inmobiliario si el pleno lo ha convertido en un mero ente decorativo sin ninguna relevancia sustantiva para resolver justamente la disputa de varios adquirentes.

Se oyó decir a uno de los magistrados adherentes a la votación mayoritaria que hay que desincentivar el fraude y proteger al propietario, asimismo en la ponencia está resaltado que la segunda venta vulnera el orden público al contravenir el Art. 70° de la Constitución Política.

Los fundamentos de la ponencia y la votación plenaria incurren en graves equivocaciones que evidenciamos a continuación:

- (i) La transferencia consensual separado del sistema registral conlleva a una clandestinidad sobre las titularidades inmobiliarias, esa no es la finalidad o espíritu de nuestra legislación, hay una intención de falcitar el tráfico inmobiliario, pero bajo la égida de la publicidad y seguridad jurídica inmobiliaria.
- (ii) Que la justicia privilegie la adquisición clandestina, además de ser ilegal, es un mayor aliciente al fraude, por lo contrario, la protección judicial a la adquisición inscrita o publicitada lo evita. Por un principio elemental “las sombras o la oscuridad es el ambiente donde germinan los actos indebidos mientras la luz del día los disminuye”. Si este acuerdo plenario que hace apología a la clandestinidad tiene eco los fraudes estarán a la orden del día, ponemos un ejemplo concreto:

El titular registral $V_{(vendedor)}$ arregla con $P_{(primer comprador)}$ una compraventa a favor de este y acuerdan que no se inscriba; obviamente, después de la venta oculta, $V_{(vendedor)}$ según información registral sigue figurando como propietario, además, conserva la posesión, aprovechando de dicha circunstancia hace ofertas de venta a precio de ocasión, $S_{(segundo comprador)}$ confiado en aquella apariencia registral y también confiado en la posesión compra el inmueble, paga el precio, inscribe la adquisición, inclusive toma la posesión del inmueble; pasado un breve tiempo P amparado en el pleno jurisdiccional civil de 2020 demanda nulidad de la venta $V — S$ a pesar que $P_{(primer comprador)}$ mantuvo oculto su compraventa; acorde con el pleno, esta segunda venta es nula *per se*, sin importar la conducta de $P_{(primer comprador)}$, es decir, sin examen de la mala fe en la omisión de inscripción del $P_{(primer comprador)}$ y la buena fe diligencia de $S_{(segundo comprador)}$ que no solo confió en la información registral, sino que además, verificó la posesión de $V_{(vendedor)}$.

Cabe pues formularles una legítima y oportuna interrogante a aquellos jueces que votaron en mayoría abrazando la tesis de nulidad *per se* del segundo contrato de compraventa es nula ¿Qué alternativas le queda al $S_{(segundo comprador)}$ para que su adquisición encuentre protección judicial? ¿En qué más debe confiar si no es en la información registral y la posesión de su vendedor? ¿A caso se ha derogado todo el sistema registral inmobiliario? ¿O es que S ya no debe adquirir? ¿O es

que el comprador debe averiguar en todas las notarías del país? ¿Al segundo comprador le es exigible la búsqueda de todas las posibles minutas de venta previa de los cuales no se sabe dónde estarán archivados? La postura de la nulidad *per se* incurre en un extremo e insuperable equívoco porque carece de análisis y construcción mínima de premisas que la sustenten tanto peor si no sólo han omitido, sino que expresamente señalan que no importan ni la inscripción ni el aspecto subjetivo del adquirente, es decir, la buena fe no cuenta.

- (iii) En ningún extremo de la ponencia se establece que los jueces mínimamente deben analizar el comportamiento de los compradores disputantes, por lo contrario, han señalado que ni la inscripción ni la buena fe importan. Pero ¿Qué hay de la conducta del comprador que oculta su adquisición? ¿Es una conducta diligente o negligente? ¿Qué hay de la omisión dolosa de inscribir el título de adquisición? ¿Qué razones tiene el primer comprador para evitar la inscripción de su título si está adquiriendo un inmueble inscrito? ¿A caso omitir inscribir no es mala fe y no cuenta en la solución del conflicto inmobiliario? ¿A caso la buena fe del segundo comprador que confió en la apariencia registral no amerita tutela alguna? ¿Entonces para qué nos esforzamos en tener un registro público y para que inscribamos nuestras adquisiciones en la misma? Obviamente el pleno incurre en una grave omisión al no considerar la conducta de los actores inmobiliarios, la omisión de inscripción del primer comprador y la buena fe del segundo comprador inscrito, “Es que no se debe perder de vista que a todas las personas le es exigible el deber de diligencia, además, nadie puede procurarse ventajas de su propio dolo” (Trujillo, 2020, p. 56); el premio a la compraventa oculta significa echar por la borda la seguridad jurídica que ofrece el registro público, además, es desconocer el mandato del legislador que no ha establecido una transferencia consensual absoluta sino una transferencia consensual subordinada a un sistema registral sustantivo, de oponibilidad, es decir, un principio de transferencia consensual condicionada a que esa transferencia no es inoponible a una adquisición inscrita que le es incompatible. La conclusión sobre este tema es que ninguna legislación civil consensualista hace prevalecer una adquisición oculta por sobre una adquisición inscrita, es una regla básica que la

adquisición oculta o consensual cede frente a la adquisición inscrita, salvo que el adquirente inscrito hubiera obrado de mala fe.

- (iv) El pleno ha quebrado la orientación establecida legislativamente sobre la eficiencia económica en el intercambio inmobiliario y respecto a la cuestión ¿Quién debe soportar el riesgo en un caso de doble venta inmobiliaria sobre un mismo inmueble?

Para entender lo precedente no debemos dejar de considerar que la transferencia inmobiliaria es una operación esencialmente económica por tanto se rige por leyes de la economía, la maximización de la riqueza a través del fomento de intercambio de bienes y la asignación de costos de transacción y riesgos, para cuyo logro se requieren de un diseño jurídico de las *property rights* (derechos de apropiación) que otorguen seguridad jurídica, se busca la “eficiencia económica a través de las reglas que regulan la transmisión de la propiedad, así como los mecanismos de publicidad de estos derechos” (Martínez, 2009, p. 54).

Las reglas de transferencia inmobiliaria para cumplir su finalidad presuponen al menos dos condiciones, la agilidad en el favorecimiento de la circulación y, sobre todo, que esa dinámica esté provista de seguridad, la seguridad es alcanzada a través de la publicidad que en su nivel óptimo es la publicidad registral y relativamente la publicidad posesoria. Eso conlleva, a que el ordenamiento jurídico opte por otorgar privilegio a las adquisiciones que siguen ese cause en desmedro de los agentes económicos que muestren indiferencia a las ventajas publicitarias, porque en caso de la ocurrencia de disputa de varios compradores “las normas jurídicas pueden proteger los intereses del último adquirente o los del primero, pero no es posible proteger a ambos al mismo tiempo”, por ello que aquí juega un rol imperativo la seguridad del tráfico sustentada en la publicidad permitiendo excepcionalmente la adquisición *a non domino* de quien obró de buena fe (Martínez, 2009, p. 56-57).

Las reglas de resolución de conflicto o disputa inmobiliaria, así como las reglas de transferencia acorde con la propia Martínez (2009) son instrumentos de reparto de riesgos (p. 65), es decir, en el caso del ejemplo de la doble venta, como parte de la política legislativa, el legislador elige a quien cargarle el riesgo

de pérdida, así el legislador peruano ha establecido que para comprar un bien inmueble no se requiere mayor formalidad, basta el consentimiento (Art. 949) pero a su vez ha condicionado a que si aparece otro comprador que ha inscrito de buena fe este último prevalecerá por más que sea de fecha menos antigua (Art. 1135° y 2022°), es decir, el legislador ha establecido que la adquisición inmobiliaria consensual es la que soporta el riesgo y consideramos que esto es razonable en tanto, el riesgo se traslada a quien oculta o por lo menos es negligente en no publicitar su adquisición, ya que él tiene la mayor posibilidad de evitar perjuicio a terceros (incluido el segundo comprador), entonces, el desmedro de su derecho adquirido oculto en beneficio del otro comprador inscrito obedece a esa lógica de buena fe del comprador inscrito, en un conflicto de A — B no inscrita vs A — C inscrita, B es quien tiene mayor posibilidad de eliminar el riesgo de venta *a non domino*, pues si B permite o tolera que el inmueble siga inscrito a favor de su vendedor A y luego sale a reclamar recién cuando se entera del derecho inscrito de C, mínimamente es un actor económico negligente que con toda justicia cede frente a la compra inscrita de C.

El pleno pretende fracturar esa orientación legislativa siguiendo una lógica contraria sin que constitucionalmente tengan facultad para realizar modificaciones legislativas, premiando al adquirente que mantiene oculto su adquisición en perjuicio del comprador que diligentemente y de buena fe inscribió. Con ello se está gestando una inseguridad jurídica absoluta, pues todo el que adquiera un inmueble por más que cuente con derecho inscrito y buena fe tiene suficientes motivos para estar preocupado que aparezca otro comprador con una compraventa oculta más antigua que su inscripción, si la información registral no sirve y si inscribir la adquisición no sirve para evitar que quien tiene una adquisición más antigua bien oculta le dispute, la consecuencia natural es que ya nadie tiene que comprar, es decir, el plenario sigue la lógica de parálisis económico.

- (v) El acuerdo plenario también incurre en una lectura distorsionada del Art. 70 de la Constitución en relación con las reglas del derecho ordinario. Es verdad que el referido texto constitucional establece la inviolabilidad del derecho de propiedad privada, sin embargo, las reglas de solución a las disputas sobre un

inmueble los establece el Código Civil más no el referido texto constitucional, es que, en esa disputa entre dos compradores A — B (no inscrita) y A — C con inscripción registral, tanto B como C reclaman la misma protección constitucional en tanto ambos han adquirido un derecho y han destinado un recurso dinerario. Sostener que el acto de adquisición de C es nulo porque el de B goza de protección constitucional es una perspectiva por demás reduccionista e incompatible con la propia perspectiva constitucional y convencional de la propiedad en la que adquiere una noción más amplia. Conforme ha enfatizado el Tribunal Constitucional del Perú, adoptando la noción desarrollada en el caso “*Campbell vs Holt*”, a nivel constitucional la propiedad adquiere un significado no sólo más amplio, sino inclusive diferente a los que le se le atribuye en el derecho civil pues “se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes” “susceptibles de apreciación económica”, así acorde con Badeni, la propiedad constitucional abarca a las cosas, bienes y cualquier interés con valor económico que ostente una persona (STC 0008-2003-AI/TC, f.j. 26.a)³³². Tal noción amplia del derecho a la propiedad fue reiterada en la STC 00228-2009-PA/TC (f.j. 35). Parece ser que la noción convencional de la propiedad reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos todavía resulta inclusive más omnicomprendiva en relación a la noción del derecho civil porque en su lugar se

³³² “26.

(...)

a) El derecho a la propiedad

(...)

Tal como se estableció en el histórico caso “*Campbell vs Holt*”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc,1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de si mismo, al margen de su vida y libertad de acción” (STC de Perú 0008-2003-AI/TC, F. 26.a y STC de Perú N° 00228-2009-PA/TC)

refiere a “uso y goce de sus bienes”³³³, que acorde con la Corte IDH se extiende no sólo a todas las cosas materiales susceptibles de apropiación, sino también a todo derecho con aptitud de ser incorporado al patrimonio de una persona³³⁴. Qué duda cabe entonces que la *ratio* constitucional y convencional de la propiedad abarca también a una acreencia en tanto interés económico incorporado o por incorporarse al patrimonio de la persona.

Por todo ello es notorio el desacierto del plenario en construir la causal de nulidad del negocio jurídico del segundo comprador inscrito por vulneración del orden público (Art. 70° de la Constitución) so pretexto de la garantía constitucional de la propiedad del derecho del primer comprador sin inscripción registral, pues acorde con la concepción jurisprudencial de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional de propiedad, tanto al primer comprador como al segundo comprador les asiste la garantía constitucional de inviolabilidad, no hay razón para que sólo el que compró primero y mantuvo oculto su adquisición sea el que sea tomado bajo protección constitucional, la misma garantía constitucional de inviolabilidad del interés económico incorporado a su patrimonio reclama también el segundo comprador tanto más si este cobijó su adquisición patrimonial al seno de la publicidad registral, desde la óptica constitucional en esa tensión B es tan propietario como C. El criterio fundante del plenario choca, sobre todo, con la orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha mostrado su preferencia por la propiedad dotada de seguridad jurídica y oponibilidad jurídica a terceros a través de la inscripción registral en contraposición a la propiedad por mera convicción, de manera que la decisión judicial —desde el acuerdo plenario— que reduce la inscripción registral a un evento meramente decorativo en la transferencia será un acto

³³³ “145. Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada” (Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, 2001, párr. 145).

³³⁴ “122. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor” (Corte IDH, *Ivcher Bronstein contra Perú*. 2001, párr. 122).

inconstitucional, pues la inscripción registral es una auténtica “garantía institucional”³³⁵ de circulación de la riqueza ¿Por qué los jueces señalan que la preferencia lo tiene el primer comprador sin inscripción registral si tanto la legislación civil como la jurisprudencia constitucional del mas alto nivel se orientan a la protección del derecho con inscripción registral?

- (vi) Con el acuerdo plenario se propugna la adquisición oculta, se alienta la compra inmobiliaria informal y se desincentiva la inscripción registral, pues si la segunda compraventa se nulifica por el mero hecho de existir la primera venta oculta qué necesidad tendrán los compradores en inscribirlo. Los defensores de la prevalencia de la adquisición oculta podrían sostener que sería una injusticia dejar sin predio al primer comprador si pese a que ya era propietario no se nulifica el del segundo comprador. Esa objeción carece de sustento, pues como señalan Calabresi y Melamed la protección jurídica de los derechos subjetivos tienen una doble vertiente, por un lado, la tutela real que opera con las reglas de los derechos reales y la tutela indemnizatoria —protección a través de las reglas de responsabilidad— (Cit. por Martínez, 2009, p. 59). Está claro que con la preferencia al comprador inscrito el primer comprador sin inscripción no queda desamparado, tiene expedito la acción de responsabilidad contractual indemnizatoria contra el vendedor cuya mala fe es objetiva e incuestionable.
- (vii) Adicionalmente, es preciso indicar que en esa disputa originada A — B (no inscrita) y A — C con inscripción registral, que B sea el *verus dominus* obedece esencialmente a una política legislativa, pues es consecuencia de la elección arbitraria del sistema de transferencia consensual, pero el de B es una propiedad atenuada y condicionada a las disposiciones registrales, por ello que no debe considerarse ni sorprendente ni contrario a justicia la decadencia de la

³³⁵ “(...) para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (STC del Perú N° 0016-2002-AI/TC, f.j. 5)

adquisición de B frente a la adquisición inscrita de C, pues así como la adquisición de B es considerada una auténtica propiedad a pesar de ser una no publicitada, la prevalencia u oponibilidad del derecho de C respecto a aquella por ser este último un derecho inscrito de buena fe es la otra cara de la misma política legislativa. Esto es capital para entender por qué las disputas inmobiliarias derivadas de la doble venta no deben resolverse con una perspectiva miope, sino con una perspectiva sistémica que aprecie la adquisición consensual en su real contexto es decir coexistente con el principio de inoponibilidad de lo inscrito frente al derecho inscrito.

- (viii) Como un aspecto final sobre el acuerdo plenario hay que señalar que se asemeja a un globo colorido bien inflado, es gaseoso, por cuanto carece de la mínima rigurosidad, por lo contrario, al privilegiar la “nulidad por la mera adquisición oculta” no se ha hecho mención alguna a ciertos elementos imprescindibles en una resolución de conflicto de pluralidad de compradores, así era necesario definir pautas sobre si la primera venta consta en documento privado, documento privado con fecha cierta o documento público o es una venta inscrita, y si carece de inscripción, la omisión de inscripción se debió a desidia del comprador o factores imposibilitantes, además, tampoco hace referencia alguna a la posesión de los compradores en conflicto que es un factor que inclina la balanza en disputas inmobiliarias de esta naturaleza ¿Qué seriedad muestra un acuerdo plenario que establece una pauta conclusiva sin considerar los factores más importantes? ¿A caso los jueces seguirán esa directriz sin importar esos factores? ¿Resolverán sin considerar por ejemplo que el segundo comprador con derecho inscrito además posee el predio?

La síntesis es que privilegiar sin más la primera compraventa, sin considerar la buena fe del segundo comprador inscrito, como tan fácil es para el vendedor enajenar nuevamente aprovechando la desidia de inscripción del primer comprador, tanto más fácil será fácil que el vendedor estafe a compradores diligentes que inscriban su compraventa, pues será suficiente que fabrique contratos privados o con fecha cierta anterior a la inscripción —orquestando un primer comprador—, confeccionado mucho antes, guardándolo en la clandestinidad y luego hacer aparecer al primer comprador quien alegrará que al momento de la segunda venta el vendedor ya no era propietario,

con ello ninguna compraventa inmobiliaria estará segura por más que se haya inscrito. La transferencia inmobiliaria reclama seguridad jurídica, eso pasa por la necesidad de hacer prevalecer al comprador diligente y de buena fe, que adquiere e inscribe, conlleva a su vez la necesidad de sacrificar el derecho real del comprador que mantuvo en la clandestinidad su adquisición.

5.3.3. Fraude inmobiliario sofisticado, la fe pública registral, la Ley N° 30313 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Aunque el fraude inmobiliario es un tema aparte que no es un aspecto problemático específico del sistema de transferencia inmobiliario, resulta importante hacer referencia a él, pues trata acerca de las falencias de la coordinación del sistema notarial del país con el sistema registral, el sistema de arbitraje, la Reniec y de algún modo también el sistema judicial. Estos permitieron que ciertas organizaciones del hampa dedicados al tráfico de inmuebles vulneraran e hicieran de la fe pública una perversidad, ocurrió especialmente en la década pasada, es lo que se ha denominado como fraude inmobiliario sofisticado, esencialmente por diversas formas de uso fraudulento de la fe pública sobre la base de falsificaciones documentarias.

El profesor González (2015, pp. 83-88), a quien le es atribuible la nomenclatura “sofisticado”, agrupó las modalidades de fraude de la siguiente manera:

- (i) Se falsifica una compraventa del titular registral A — B el cual se inscribe, en virtud al cual se producen reiteradas transferencias e inscripciones registrales a favor de D, E, F, etc.
- (ii) El titular registral A sufre una suplantación personal ante una notaría, faccionándose así una compraventa de su inmueble a favor de B, quien luego transfiere a favor de C y se inscribe.
- (iii) El titular registral A sufre una suplantación personal ante una notaría por el cual otorga poder a X, con el cual enajena su inmueble a favor de B y, luego este a favor de C quien lo inscribe.

- (iv) El titular persona jurídica A es suplantada en el acto de certificación de libros con el cual se facciona un poder a favor de X quien a su vez vende a B, para luego transferir a favor de C quien inscribe.
- (v) Sin ser poseedor B prescribe notarialmente la propiedad de A (en algunos casos forma título supletorio), quien no se enteró de las publicaciones ni fue debidamente citado, luego B transfiere a C.
- (vi) B adquiere por laudo arbitral fraudulento contra el propietario registral A quien nunca acordó arbitraje alguno, tampoco fue citado, inscribiéndose gracias a que “el laudo no es observable”, luego B transfiere a C.
- (vii) Partes extrañas fingen proceso arbitral y obtienen laudo contra A, quien es totalmente ajeno a dicho proceso, B declarado propietario desde la nada transfiere a C.
- (viii) El inmueble de A es arrendado por B en el que subrepticamente se incorpora pacto de mejoras y convenio arbitral, por lo que al paso de cierto tiempo B reclama pago de mejoras cuantiosas a cuyo concepto por laudo alcanza la propiedad para luego enajenarlo a C.
- (ix) La falsificación de hipotecas y daciones en pago de A en favor de B que es insolvente y es sometido a concurso de acreedores cuyo liquidador transfiere a favor de C.
- (x) La persona jurídica A es sometida a un proceso de liquidación por una deuda inventada, cuya entidad liquidadora vende el predio a B y este a C.

En respuesta a ese fenómeno perverso entre otras medidas se emitió la Ley N° 30313, cuya holgada denominación fue dada como Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación, que precisa el carácter no contencioso del procedimiento de inscripción registral salvo la excepción de oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme destaca en su Art. 2, reservada, además a notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro (Art. 3), que es resuelta por el Jefe Zonal en pronunciamiento definitivo e inapelable en sede administrativa, impugnabile solo en la vía judicial (Art. 4°). La ley es especialmente importante porque además de las modificaciones al Art. 2013° y 2014° al Código ya comentados *ut supra*, a pesar de las voces críticas que en ese momento abogaban por

la expurgación de la fe pública registral bajo cuyo marco se habían producido todas las perversiones, en su Artículo 5° ratificó que la cancelación de los asientos y anotaciones preventivas, ni siquiera las originadas por la suplantación, no perjudican a terceros adquirentes si este obtuvo un asiento de presentación prioritaria a las causas de los que se originan aquellas cancelaciones.

El sistema registral ya venía realizando esfuerzos por mejorar la seguridad jurídica en ese contexto había dictado ciertas medidas paliativas como los servicios de alerta registral por generación de cualquier asiento de presentación relacionado a la partida asociada para la alerta, la denominada inmovilización de partidas que consiste en declarar notarialmente que funciona como una suerte de parálisis a la partida por un plazo determinado que no obstante no elimina el riesgo pues puede ser igualmente levantada mediante otra declaración notarial suplantada o falsificada, el bloqueo por visos de falsificación que funciona a través de una anotación extendida en el asiento a la dilucidación del tema, el denominado Sistema de Intermediación Digital SID-Sunarp.

Por su parte al sistema notarial que inclusive hasta la actualidad carece de cualquier interconexión y base de datos organizada a nivel nacional, pues cada despacho notarial funciona como un feudo privado, una isla, se introdujo la obligatoriedad de la identificación biométrica en interconexión con la RENIEC, entre otros.

La Ley contra el fraude inmobiliario en cuanto ratifica la protección al tercero de buena fe que adquirió de su causahabiente cuyo derecho se origina en un título fraudulento (falsificación o suplantación) ha sido objeto de diversos pronunciamientos, pero también en cuanto a la extensión de la obligatoriedad de consultar hasta los títulos archivados. Así el profesor sanmarquino Ninamancco (2015) consideró que la referida Ley en tanto extendió la publicidad registral hasta los títulos archivados restándole valor a los asientos registrales en vez de potenciarlos, configuró una mutación inconstitucional toda vez que el derecho de crédito expresado como una fundamental libertad de contratar es sacrificado por la extensión de la obligación de revisar los títulos archivados además del asiento registral, sacrificándose la libertad de las grandes mayorías en beneficio del derecho de propiedad que es un derecho de minorías, peor aún si se considera que la libertad de contratar y no el preferido derecho de propiedad

el derecho constitucional más trascendental, siendo un completo desacierto el relego del más importante derecho- económico en beneficio de un derecho constitucional de menor trascendencia (pp. 71-75).

Aquella postura fue respondida por Pasco (2015), quien señaló que acorde con la exposición de motivos del Código Civil en cuanto a su Art. 2014, ya daba señales de extensión de la publicidad hacia los títulos archivados, sobre el tema, además, según señala, hubieron ya ejecutorias supremas que algunas veces consideraban la extensión de la información registral revisable más allá del mero asiento registral, agrega que ese mandato en vez de perjudicar a la libertad contractual, más bien lo fortalece por cuanto le señala con claridad que en caso de disociación entre el asiento registral y los títulos archivados cuya verificación omite, el tercero no alcanzará protección registral, por lo que este en su autonomía tiene en sus manos la libertad de elegir (p. 7).

Al parecer los autores referidos *ut supra* coinciden en la protección del tercero de buena fe a pesar que su adquisición provenga de un fraude previo del cual desconociera en su adquisición de buena fe. En la orilla contrapuesta se ubica el profesor Gonzáles (2015) quien se ha opuesto enérgicamente a la posibilidad de los alcances de la fe pública registral a la adquisición desde la falsificación documentaria o suplantación de identidad, es decir, si la relación A — B es una relación fraudulenta y decae por eso, luego la relación B — C, este ultimo no está al alcance de la fe pública, pues la propiedad, según sostiene, se adquiere por hechos sociales, más el título falso es un no-hecho, por tanto es carente de efectos jurídicos y está fuera del alcance de la fe pública registral en cuanto es una regla técnica de aplicación excepcional y reservada a que la causa de la adquisición del tercero haya sido la negligencia del titular en haber permitido una apariencia, circunstancia que no se presenta en el caso del fraude, pues se trata de inscripciones falsas o huecas. Es decir, asume una tesis absoluta de inaplicabilidad de la fe publica registral respecto a adquisiciones derivadas de fraude inmobiliario de manera que según su perspectiva se debe excluir de la protección registral a los terceros de buena fe.

La Ley en cuestión inclusive fue materia de un proceso de inconstitucionalidad en el extremo del Art. 5°, según la cual, la cancelación por falsedad o suplantación no afecta al tercero registral de buena fe, se planteó pues su limitación respecto a las

inscripciones derivadas de fraude inmobiliario (falsificaciones y suplantación de identidad) de manera que no se vulnere la garantía constitucional de inviolabilidad del derecho de propiedad del propietario inscrito al que se le falsificó aún cuando concurra un tercero de buena fe que haya adquirido desconociendo del fraude, así que la protección vía fe pública registral en cuanto refiere a la inmunidad del tercero respecto al asiento que se “anule” o “cancele” no abarque a las que se originaron desde la falsificación de títulos o suplantación de identidades. El Pleno del Tribunal Constitucional Peruano por mayoría se pronunció al respecto en la STC 00018-2015-AI, declarando infundada la demanda y añadiendo interpretaciones que relativizan la protección al tercero de buena fe si es que al otro lado se ubica la condición social de vulnerabilidad del propietario perjudicado.

El TC peruano expresó que la inscripción registral del derecho de propiedad imbuye de seguridad jurídica a su ejercicio pues apareja la presunción de certeza de lo publicado. La inscripción intenta garantizar el derecho del propietario primigenio para que se conserve a su favor y que el tránsito hacia la esfera patrimonial de otro debe obedecer a la transferencia que él mismo haga, pero la inscripción también es una garantía a favor del tercero que confiando en la información registral y obrando de buena fe adquirió. También reconoce que el Estado cree las garantías por las que el registro sea un reflejo de la realidad extra registral tanto peor si hay informalidad sumado a ello la falsificación de documentos y suplantación de identidades (STC 018-2015-PI/TC, ff. 28-34)

El TC reconoce que la inscripción registral no resulta suficiente si el titular registral no despliega una conducta diligente respecto al registro, con cuyo fin, la Sunarp ha implementado métodos gratuitos de advertencia como la alerta registral, pues el ejercicio de derechos también conlleva ciertas obligaciones, de tal modo que aún cuando hay una exigencia de adecuado cumplimiento de deberes hacia los notarios, jueces, registradores, es el propietario el principal interesado, pero habiéndose experimentado invasión de las instituciones es que según la demandada la Ley N° 30313 es la medida Estatal para hacer frente a esa problemática. Abunda el TC que la fe pública registral instaurada en el Art. 2014 es una opción del legislador que se encuentra en el ámbito de lo constitucionalmente permitido, además, se orienta a satisfacer un objetivo constitucional que es la seguridad jurídica, de manera que esa

opción del legislador no vulnera la consitución (STC del Perú 018-2015-PI/TC, ff. 35-47).

El Tribunal Constitucional sin embargo introduce la exigencia de diligencia también en el tercero registral, así precisa que la finalidad constitucional de seguridad jurídica en desmedro del auténtico propietario registral presupone el indispensable deber de diligencia en el tercero, porque la buena fe no es tal si el tercero no ha desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración hasta la inscripción, sin perjuicio de los demás requisitos que exige el Art. 2014, como la revisión exhaustiva de los títulos archivados del que se derivan los asientos registrales. Es que la buena fe se configurará sólo si el común de las personas actuando razonablemente no podrían haberse percatado de la inexactitud por falsificación de documentos o suplantación de identidad. Además, esa conducta diligente no se agota en el ámbito registral, sino va hasta el ámbito extraregistroal como es la verificación de la posesión, justamente por eso invoca las Casaciones N° 3098-2011-Lima y la Casación N° 3187-2013-Cajamarca, la Casación 1589-2016-Lima Norte (STC 018-2015-PI/TC, ff. 52-57)

El aspecto final a tener en cuenta es que el deber de diligencia exigida al propietario en relación al registro puede no tener la misma intensidad cuando se refiere a ciertas personas sumidas en una especial situación de vulnerabilidad porque esta puede consituir una limitante al despliegue del deber de diligencia dadas las condiciones como la precariedad económica, educativa, cultural o cualquier situación análoga, en cuyo caso se requiere especial motivación cualificada por parte del juzgador que conoce el conflicto en el que se alega el amparo de la fé pública. Añade que los notarios, jueces, árbitros y registradores deben ejercer sus atribuciones acorde con la Constitución que garantiza del derecho de propiedad y la seguridad jurídica (STC 018-2015-PI/TC, ff. 62-82).

En suma, desde la sentencia interpretativa referida *ut supra*, la adquisición *a non domino* que se produce a favor del tercero registral de buena fe no excluye a las que puedan provenir de falsificaciones de documentos y/o suplantación de identidad, sino que más bien lo comprende a pesar que ello va en perjuicio del anterior auténtico propietario también con derecho inscrito, sin embargo, no es suficiente la mera buena fe creencia del tercero, sino que tanto como el propietario perjudicado debe haber

actuado con la mínima diligencia exigible razonablemente, de tal modo que cualquier otra persona media no hubiera podido percatarse del fraude precedente ni revisando la exhaustivamente la información registral, ni verificando la situación extraregstral, especialmente la posesoria; porque se entiende que al propietario registral también le es exigible el deber de conducta diligente en su situación registral usando los mecanismos de alerta que proporciona gratuitamente registros públicos, salvo que este fuera una persona situada en condiciones de vulnerabilidad por causas de precariedad.

Entendemos que este conflicto de propietario registral suplantado o falsificado versus tercero registral adquirente con buena fe diligente representa el conflicto de intereses más difícil, por ejemplo, en comparación a la doble venta, en el cual el primer comprador fue negligente en no inscribirlo, pues pese a que podía excluir la apariencia con su propia conducta permitió la permanencia de la inexactitud registral del cual no se percató el segundo comprador, cuestión diferente en la suplantación o falsificación en el cual no se asoma alguna conducta del auténtico propietario pues este no sólo tiene derecho inscrito tanto como el tercero, sino que además, la inexactitud registral no lo ha propiciado él, por lo contrario, de cierta forma está fuera de su control. Por ello, la Ley del fraude, al igual que la sentencia del TC, parecen más bien una elusión de responsabilidad por parte del Estado sobre cuya espalda recae la obligación de brindar una seguridad jurídica óptima justamente contra las organizaciones criminales, advertimos entonces, que se trata de traslado injustificado de la propia responsabilidad hacia el propietario quien ha confiado en las instituciones y servicios que el Estado ofrece para garantizar la intangibilidad de su derecho. Nos parece que esa elusión está lejos de ser justificada sobre la base de mera la falta de diligencia en no haber usado las alertas registrales. Con ello no queremos decir que no se proteja al tercero registral, está bien la tutela a éste en aras de no paralizar el tráfico inmobiliario, siempre que aquel haya actuado con auténtica buena fe, lo que no hay que perder de vista es que esa protección no puede operar a expensas del propietario registral primigenio, de manera que resulta un imperativo el resarcimiento a cargo del Estado, en todo caso, la creación de un seguro inmobiliario que evite dejar al propietario registral en la orfandad.

Señalamos que es un conflicto más difícil porque se trata de dos personas que creyeron hallar cobijo bajo la guarda del sistema registral, además, sin culpa, ambas partes se

ven amenazados en el sacrificio de su patrimonio, este no tiene parangón con los conflictos ordinarios en los que uno de los disputantes no inscribió, porque ahí no hay nada que cuestionarle al Estado ni al tercero, pero sí todo a quien no inscribió, salvo que el tercero último hubiera actuado con probada mala fe.

Sin caer en demasiado pesimismo tenemos la ligera impresión que en tanto el Estado no emprenda una política inmobiliaria seria e implemente medidas más eficaces el tráfico inmobiliario estará sumido en la inseguridad jurídica del cual ni siquiera podrá salvarse el tercero registral, pues esos conceptos como de debida diligencia o especial vulnerabilidad son categorías por demás imprecisas y demasiado dúctiles que a instancias finales serán rellenas por el mero arbitrio del juzgador de la causa concreta unas veces en perjuicio del primigenio propietario registral y otras veces a favor del tercero de buena fe. En buena medida la adquisición inmobiliaria seguirá siendo una moneda al aire. A este respecto puede ser de mucha ayuda el intento de objetivación que formuló Meneses (2020, p. 23):

Propietario	Tercero de buena fe
Inscribir su derecho de propiedad.	Cumplir con los requisitos del 2014 (ser tercero, buena fe, título oneroso, adquisición del titular registral, inscripción y otros).
Registrarse en la municipalidad.	Revisar los asientos registrales.
Registrarse en la junta de propietarios, de ser el caso.	Revisar los títulos archivados.
Registrarse en alerta registral (publicidad e inscripción).	Verificar la posesión efectiva.
Inmovilización de partidas, de ser el caso.	Búsqueda de información razonable y disponible (municipalidad, empresas de servicios, junta de propietarios, otros).
Registrarse en las empresas de servicios.	Determinar la apariencia de la titularidad razonable (estudio de títulos).

Algunos autores, es el caso de Lama (2020), aseguran que el fraude inmobiliario es consecuencia del sistema consensual de transferencia (p. 13). Hay que discrepar y descartar ello, el fraude inmobiliario (falsificación de documentos y suplantación de identidad) que obligó a la emisión de la Ley 30313 y el pronunciamiento del TC

materia de comentario, no provienen del sistema consensual, pues no es un problema generado por la falta de inscripción, como sí es el problema en la doble venta y la inoponibilidad registral, la falsificación más bien enfrenta a dos propietarios que sí inscribieron, es un problema más grave porque deviene del núcleo mismo de adquisiciones publicitadas; en cualquier caso, la transferencia consensual quizás signifique un elemento que abunda en la mengua del valor intrínseco de la información registral, pues como todo el mundo repite que la inscripción registral en el Perú no es obligatoria, de algún modo hay una tendencia psicológica masiva a considerar, especialmente por parte de los operadores jurídicos, que la información registral no es categórica en la solución de conflictos, a pesar que tal hecho dista mucho respecto a que la transferencia consensual sea la causa de las falsificaciones y las suplantaciones. Es verdad que es causa de inseguridad jurídica de la transferencia inmobiliaria pues colisiona con la publicidad registral, pero eso es otro tema distinto al fraude inmobiliario del que estamos hablando.

A pesar de lo antes referido, hay un punto importante en que coincidir con Lama (2020)³³⁶, en la crítica asumida al criterio del pleno del TC, quien al igual que nosotros considera que la exigencia de la buena fe hasta el momento de la inscripción registral es impropia, pues la inscripción es un mero acto complementario, con efectos sustantivos sí, por cuanto extenderlo hasta aquí significa exigirle al tercero que realice un acto de regresión si después de haber consumado ya la adquisición recién se percata que la adquisición anterior es producto de un fraude, es decir, que debe renunciar al inmueble y pedirle a la mafia que por favor le devuelva el precio que ha pagado. Una exigencia de tal naturaleza simplemente es inaudita.

Una voz bastante discrepante respecto de la relativización de la fe pública registral bajo la categoría de condición de especial vulnerabilidad ha sido ofrecida por Escobar (2020) quien considera que la adecuación o precisión interpretativa asumida por el TC afecta negativamente a la seguridad jurídica toda vez que introduce un elemento bastante subjetivo de condición de precariedad del propietario suplantado a tal nivel que el tercero adquirente ahora tendrá que indagar esa eventual circunstancia que le afecta al propietario registral anterior a su transferente, esto es, realizar una evaluación

³³⁶ “(...) el conocimiento por el nuevo dueño de alguna inexactitud del Registro después de la transferencia y antes del registro no debe afectar su derecho” (Lama, 2020, p. 21)

de su situación socioeconómica, cultural, educativa, de lo contrario, a pesar de su buena fe, la adquisición del tercero decaerá; sentencia la autora que, en tal caso, era preferible que el TC declare inconstitucional e inaplicable la tutela del tercero de buena fe derivada de falsificaciones y suplantaciones de identidad (p. 33).

Como hemos señalado la protección del tercero de buena fe registral y con ella el de seguridad se ha arrastrado a un nivel de obscuridad en el cual resulta difícil descartar la alta dosis de discrecionalidad de quien va a resolver el conflicto. Esa misma línea también es abrazada por Gonzáles y Luque (2020) pues coinciden en que la interpretación por el cual se incorpora la condición de especial vulnerabilidad y la diligencia tanto al propietario como al tercero ha generado mayor inseguridad para ambos (pp. 51-52)

El profesor Ninamancco (2020) respecto a la sentencia del TC, con su particular acuciosidad añade un tema no advertido por otros, que la sentencia plenaria no ha ofrecido respuesta alguna sobre el escenario en el cual el propietario no fue diligente, es decir, no estuvo pendiente de la partida, a su vez, el tercero tampoco fue diligente, es decir, ante la concomitancia de negligencias (p. 26). Aclara también que el deber de diligencia del propietario entendida como estar pendiente de su partida es exigible estrictamente en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación más no para los casos ordinarios donde no medien tales circunstancias, que en buena cuenta es la otra cara de la fe pública (p. 27). Adiciona que desde la sentencia en adelante al tercero se le exige actuar con “desconfianza” en el registro pues esa es la causa por la que se le insta a realizar indagaciones más allá del ámbito registral a efectos de corroborar la coincidencia entre la situación registral y extraregistral, especialmente la posesoria y la eventual existencia de la naturaleza de los títulos no inscritos, esta exigencia sí se extiende también a casos ordinarios, es decir, para casos en los cuales no se verifica falsificación y suplantación de conformidad con los fundamentos 56 y 57 (p. 28).

5.4. SINTESIS DE LA RESULTANTE COMPARATIVA Y VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS:

El análisis comparativo de los más importantes ordenamientos jurídicos del derecho comparado, respecto al sistema de transferencia inmobiliario permite establecer el siguiente resultado:

SISTEMAS	PARTICULARIDADES		CÓDIGOS CIVILES	FUNCIÓN DEL REGISTRO
Consensualistas	No exigen instrumento alguno*		1. Perú (1852 -1936) 2. Perú (1984) 3. Bolivia (1975 y R. 2018)	Oponibilidad Oponibilidad Efectos frente a terceros
	Exigen sólo instrumento privado*.		4. Venezuela (1982)	Transferencia frente a terceros
	Exigen instrumento público.		5. Italia (1942) 6. Portugal (1966) 7. Paraguay (1985) 8. Guatemala (1963) 9. Rep. Dominicana (1884)	Efectos frente a terceros Efectos frente a terceros Efectos frente a terceros Efectos frente a terceros Oponibilidad a terceros
Título y modo	El modo expresado en la <u>traditio</u> + inscripción <u>declarativa</u> .	Instrumental	10. España (1889) 11. Honduras (1906)	Afecta a terceros Oponibilidad a terceros
		Posesoria previo título contenido en instrumento público	12. Argentino (1871) 13. Puerto Rico (1930, 2020) 14. Argentino (2014) 15. Uruguayo (1869, R 1995)	Oponibilidad a terceros Oponibilidad a terceros Oponibilidad a terceros Oponibilidad a terceros
	El modo consiste en <u>inscripción</u> registral <u>constitutiva</u>	La inscripción se considera una forma de tradición	16. Chileno (1855 – R. 2000) 17. Colombiano (1873) 18. Ecuatoriano (1961)	Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista
		La inscripción es modo pero diferente a la tradición	19. ABGB Austriaco (1811) 20. Países Bajos (1838) 21. Suizo (1912) 22. Rumania (2009) 23. Albania (1994) 24. Rusia (1995) 25. Bielorrusia (1998) 26. Brasil (2002) 27. Panamá (1916)	Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista Constitutivo causalista
Abstracto	Acuerdo real o <i>Auflassung</i> (abstracta)		28. BGB alemán 1902	La <i>eintragung</i> es constitutiva

Fuente: elaboración propia.

* Salvo la donación, que en todos los casos exige como requisito de validez, su otorgamiento por escritura pública.

El cuadro anterior amerita algunas explicaciones detalladas:

- (i) El sistema registral constitutivo abstracto es una exclusividad del sistema alemán.
- (ii) Luego están los sistemas que se adhieren al título y modo, pero en ellos el modo en vez de la *traditio* es la inscripción registral, que se traduce en un sistema registral constitutivo causalista. La exigencia de instrumento público de los títulos en que constan los negocios jurídicos con vocación traslativa presupone a la inscripción registral.
- (iii) En un tercer grupo se ubican los sistemas que establecen la *traditio* en su más auténtica expresión (entrega), una pequeña parte de ese grupo considera cumplido ese requisito con el otorgamiento de instrumento público. El rasgo es que, previo a la *traditio*, todos ellos exigen como validez del título que le sirve de causa que conste en instrumento público. Estos, sin embargo, reconocen que la adquisición vía *traditio* es de eficacia entre las partes, pues la oponibilidad frente a terceros o la oponibilidad *erga omnes* se alcanza con la inscripción registral. Es decir, estos códigos aseguran de esta manera: título en escritura pública + *traditio* => transferencia entre las partes + inscripción registral => transferencia oponible a terceros.
- (iv) Finalmente, tenemos los ordenamientos jurídicos que adoptan el sistema consensual, estos a su vez, se subdividen en los que exigen que el negocio jurídico de enajenación conste en instrumento público. Todos ellos, además, aclaran que la transferencia consensual opera entre las partes, exaltando que la inscripción registral es la que, a pesar de ser declarativa, cumple la función de dotarle de efectos frente a terceros.
- (v) La comparación determina que el sistema de transferencia inmobiliario peruano es el que encarna la mayor deficiencia, porque no exige ninguna formalidad como instrumento público, tanta es la deficiencia que no exige ni instrumento privado con fecha cierta, de manera que los negocios jurídicos de enajenación inmobiliaria pueden celebrarse inclusive verbalmente, la ausencia de alguna formalidad aún en su mínima expresión es inexplicable, es un caso atípico, contracorriente. Además, la otra deficiencia que se advierte es que no hay una fórmula legal expresa que deje aclarado que la transferencia consensual es una transferencia limitada y subordinada a lo que pueda resultar de un conflicto con

derechos inscritos, como sí establecen sus pares consensualistas o inclusive los sistemas que abrazan la *traditio*, pues si bien el Código Civil peruano ha instaurado la oponibilidad registral en el primer párrafo del Art. 2022, no obstante, constituye una regulación tímida o tibia, pues no hay una regulación que como en los otros ordenamientos deje claro que la transferencia consensual es incapaz de subvertir la transferencia incompatible que goza de inscripción registral por más que esta sea posterior. Estas carencias generan confusión en los operadores judiciales pues consideran que la transferencia consensual es una regla absoluta, con lo que, en una eventual disputa inmobiliaria, se deja en el más absoluto desamparo jurídico a la parte que inscribió su adquisición.

De la hipótesis específica i. No cabe duda que ella es válida, pues la exigencia de instrumento público para la eficacia de los negocios jurídicos enajenatorios es a todas luces preponderante en todas las legislaciones comparadas, con excepción de Perú, Bolivia y Venezuela, todos los demás, por lo contrario, condicionan a los negocios jurídicos de enajenación de bienes inmuebles que se sean celebrados mediante documento público o escritura pública.

De la hipótesis específica ii. Se asumió que el mantenimiento del sistema consensual peruano carece de fundamento pues excusarse en la informalidad y la falta de catastro constituye incurrir en una paradoja. Pues ha quedado abundantemente justificado en esta investigación que hay una retroalimentación entre el consensualismo *in extreme*, la informalidad, lo que se ha rotulado como círculo vicioso. En cuanto a la ausencia de catastro, en el 4.5.2. se explica que algunas legislaciones como la chilena o colombiana establecieron el sistema del título y modo con sistema registral constitutivo causalista a pesar de no tener un catastro nacional unificado, tanto peor, si se puede instaurar la *traditio* clásica el catastro ni es necesario.

De la hipótesis específica iii: Referida a que “la sola obligación de enajenar” es incompatible con la seguridad jurídica, pues el cuadro anterior revela que para la legislación comparada la transferencia meramente consensual vale sólo entre las partes siendo insuficiente para oponer a terceros esta sólo se alcanza a través de la publicidad.

De la hipótesis específica iv: El cuadro comparativo también muestra que la seguridad y efectividad (oponibilidad *erga omnes*) de la transferencia inmobiliaria descansa en la concurrencia de mecanismos adiciones al contrato, así la inscripción registral y la *traditio* constituyen la égida de transferencia necesarias que debe observarse para una reforma del Código Civil, atendiendo a la cualidad inmatriculada o no de los inmuebles objeto de enajenación.

CAPÍTULO VI

CONSENCUENCIAS

6.1. LO QUE JAMÁS SE DEBE OLVIDAR: EL CONSENSUALISMO COEXISTE CON LA DOBLE VENTA INMOBILIARIA.

Otra de las categorías que, en nuestro ordenamiento jurídico civil convive con el sistema consensual es la figura de la doble venta inmobiliaria. Abordar esto es demasiado trascendental porque es usual toparse con decisiones judiciales que resuelven disputas de titularidades inmobiliarias como si la doble venta no estuviera mencionada en el Código Civil. Si A enajena a B, luego A vuelve a enajenar a C, en los procesos de disputa de la propiedad suelen afirmar que C no adquirió nada porque A al transferir a B extinguió su derecho, es decir A ya no tenía derecho que transmitir a C. Aquella es una tesis absolutista del consensualismo, pues olvida elementos primarios que coexisten con aquello, la doble venta, la inoponibilidad registral y la buena fe.

La doble venta es un rótulo que en realidad puede estar referida a pluralidad de ventas. Es una referencia a una particular circunstancia jurídica en el cual un mismo bien ha sido enajenado varias veces de manera incompatible a varios sujetos de derecho

quienes de manera excluyente se disputan la titularidad del mismo, la denominación más pertinente será la de venta múltiple, pero la doble venta es una nomenclatura acentuada en los usos jurídicos, alude a la venta múltiple. Es importante diferenciar de la venta sucesiva (varias ventas siguiendo un tracto o cadena de transmisiones) y venta única a pluralidad de compradores. Estas categorías no están comprendidas en la doble venta.

Sobre lo precedente Rubio (1994, pp. 10-52) establece con abundante lucidez las condicionantes de la configuración de una doble venta:

- (i) Pluralidad de ventas sobre un mismo bien.
- (ii) La incompatibilidad o exclusión mutua entre aquellos contratos, así no será doble venta si A vende a B y luego B vende a C, ni cuando A vende a B sin detentar la propiedad, luego A compra a C, pues son casos en los que no hay incompatibilidad excluyente sino más bien una única línea adquisitiva, la venta múltiple está referida a que desde un titular A parten dos o más líneas adquisitivas excluyentes (A — B / A — C).
- (iii) Que todos los contratos tengan por objeto a la misma cosa, identidad del objeto contractual.
- (iv) Que las diversas ventas hayan sido practicadas por el mismo vendedor.
- (v) El vendedor debe ser el titular primigenio del bien doblemente enajenado.
- (vi) Ambos contratos conflictuados deben ser válidos o no deben haberse celebrado concurriendo mala fe, además, deben ser eficaces.

El principio consensualístico no es una regla absoluta como erróneamente entienden algunos operadores. Gonzáles (2002) se encargó de aclarar el tema mencionando que, en algunas circunstancias en una disputa entre un adquirente meramente consensual y otro adquirente con inscripción registral, vence el que detenta el derecho inscrito, siendo el más conocido caso la de doble venta, conocida en nuestro medio como concurrencia de acreedores (p. 332).

Es cierto que la doble venta, en el caso peruano fue recibida bajo la nomenclatura de concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, en el Art. 1135 del Código Civil vigente:

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.

Se han advertido también voces minoritarias señalando que los dispositivos jurídicos referidos a concurrencia de acreedores no son normas para definir quién es el propietario del bien, sino para determinar quién de los reclamantes ostenta prioridad para recibir la entrega, por ejemplo, entre un comprador y un arrendatario con derecho inscrito previamente. Esa es la posición del profesor Castillo (2012) aunque luego admite a partir de la Casación N° 275-97/7-Trujillo que es posible la entrega a título de comprador cuando concurren varios compradores sobre un mismo inmueble, condicionando a que las reglas de concurrencia de acreedores operan siempre dentro de un proceso judicial o arbitral, es decir, mientras no haya sentencia, el propietario será el comprador consensual (pp. 113-114). El profesor Torres (2021) también asume con bastante énfasis esta postura minoritaria pues señala que el Art. 1135° no está orientada a establecer la preferencia de derecho de propiedad ante el reclamo de varios sujetos que se consideran propietarios, a ese propósito sirve el primer párrafo del Art. 2022°, pues el primero regula y sirve para resolver conflictos del derecho de crédito, la segunda regula derechos reales, puesto que se debe considerar que hay una clara diferencia entre el derecho real (*ius in re*) sobre el inmueble respecto al derecho a que se le transfiera (*ius ad rem*) (pp. 306-307).

La perspectiva precedente es errónea, no sólo porque existe abundante pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema resolviendo disputa de titularidades del derecho de propiedad sobre la base del Art. 1135 de, la propia Casación citada por el autor, además, en la Casación N° 812-2016-Lima (10 de noviembre de 2016), en el cual se resolvió mejor derecho a la propiedad entre dos compradores, se invocó el mencionado instituto de concurrencia de acreedores para determinar la prevalencia de la adquisición vía compraventa inscrita en relación a la compraventa extraregistrada a pesar que esta última era de fecha anterior, una clara evidencia respecto a que el instituto de la doble venta sirve para determinar quién es

el auténtico propietario del bien en disputa. La perspectiva de los profesores Castillo y Torres, es errada, además, porque la compraventa, a parte de la obligación de transferencia, también instaura como una de las obligaciones esenciales la entrega del bien, conforme se desprende del Art. 1550 del CC, tan esencial es aquella obligación que puede conllevar inclusive a la resolución del contrato de compraventa; vale decir, si hay dos compradores excluyentes sobre un mismo inmueble, inclusive la obligación de entrega lleva implícito la determinación de quién es propietario, pues sólo a quien resulta preferido en la propiedad es que le entregará el inmueble disputado, más es inconcebible que se entregue a quien resulta vencido en tal disputa. Finalmente, tampoco es exacto que la figura de la concurrencia de acreedores sea aplicable sólo en los procesos judiciales o arbitrales, pues en la hipótesis que el comprador inscrito ya detente la posesión y el comprador extraregstral sin inscripción a pesar de haberlo celebrado con anterioridad no tomó posesión, en cuyo caso, la realidad coincide con la preferencia señalada en el Art. 1135° sin proceso judicial previo. Respecto a lo sostenido por el profesor Torres, en cuanto a que el 1135° regula el derecho de crédito o derecho de obligaciones, es importante señalar que justamente el Art. 949° otorga cualidad de derecho real de propiedad “a la sola obligación de enajenar” de manera que en el tema inmobiliario esa frontera quedó confundida, tanto más, si esa obligación de enajenar no significa la eliminación de los efectos obligatorios del contrato³³⁷, siendo la obligación sustancial, la entrega.

Queda claro entonces que la regla de la transferencia consensual no es absoluta, sino relativa, coexistente y sujeta al acaecimiento de ciertos supuestos como la doble venta que genera todo un orden de prelación bajo la égida de la buena fe con prioridad al comprador con inscripción registral, seguida, en su defecto, del que ostenta el título de adquisición de fecha cierta mas antigua. Es decir, si bien el consenso es suficiente para transferir el derecho de propiedad, sin embargo, en la eventualidad de que el mismo bien se enajene de nuevo por el mismo vendedor a un tercero que que lo inscribe de

³³⁷ González (2005), inclusive tachó de inútil la ardua y no resuelta polémica por el cual ciertos autores no se ponen de acuerdo sobre si la venta inmobiliaria es una venta real o una venta obligatoria, señalando que acorde con su postura “el contrato de compraventa siempre genera la obligación de transferir el dominio”, de lo contrario ni existiría obligación de saneamiento como señala el Art. 1491, igualmente sería inaplicable la excepción de incumplimiento, una cuestión ajena a ella es el momento en que se produce la transferencia según el Art. 949 del Código Civil lo que no pulveriza su carácter obligatorio (pp. 805-808).

buena fe, a causa de las reglas de la doble venta la transferencia consensual perderá eficacia y cederá frente a la inscripción.

Gonzales (2002) explica, es usual creer que de acuerdo al principio consensualístico, el primer comprador ya es el propietario, al haber quedado despojado de la propiedad el vendedor, el segundo comprador no adquirió nada, sin embargo, la figura de la doble venta permite que se prefiera al primer inscribiente frente al primer contratante, es decir, prima el principio de inscripción respecto al principio del mero consenso; la prevalencia de la compraventa inscrita frente a la compraventa consensual, constituye una manifiesta excepción al Art. 949 del C.C. encuentra su explicación y justificación en que es una prevalencia exclusivamente a favor del tercero que inscribió primero su derecho, como tal, no es una preferencia de cualquier tercero. (p. 333)

Si en la doble venta inmobiliaria a pesar de la transferencia consensual se prefiere al comprador que inscribió primero queda la tarea de definir la naturaleza de esta solución, es decir, frente a qué tipo de adquisición estamos. Mendoza (2016) desde un ejemplo de venta múltiple en el cual tres acreedores se disputan un mismo inmueble: A — B (documento privado), A — C (documento de fecha cierta) y A — D (inscripción registral), explica que la solución es vía adquisición *a non domino*, es decir, adquisición del derecho de un enajenante no propietario, esencialmente porque A aún cuando ya había enajenado a B, al no haber inscrito este, para los terceros era un aparente titular registral, de manera que allí radica la legitimidad de la adquisición preferida, pues el papel de la apariencia en la solución de la disputa es determinante en cuanto como señala Borghi, viene a satisfacer la necesidad del orden social de premunir de seguridad jurídica a las transacciones; la apariencia acorde con Kumpel es un instrumento de seguridad de la existencia, validez y eficacia de las transacciones que posibilita la adquisición de la propiedad por el tercero que inscribe a pesar que lo adquirió de un aparente titular (no propietario en la realidad) (pp. 416-417).

Que la adquisición por preferencia a la inscripción registral en una hipótesis de doble venta acorde con la doctrina española encabezada por Rubio (1994) puede ser *a non domino* en buena cuenta una adquisición a título originario que opera como resultado de la preferencia al comprador que ha inscrito por encima de una tradición realizada al primer comprador, en cambio será una adquisición *a domino* o título derivativo cuando

el comprador con inscripción también ha recibido la tradición en desmedro del otro comprador que ni tiene tradición, ni inscripción. Agrega el autor que el ordenamiento jurídico francés e italiano la naturaleza de adquisición legal es decir a *non domino* de la doble venta es una consecuencia natural del sistema de de transferencia consensualista (pp. 115-118).

La más completa explicación de la naturaleza jurídica de la adquisición en hipótesis de doble venta es formulada por González (2002) en cuanto un sector doctrinario considera como adquisición *a non domino* y otro sector, como adquisición *a domino*, este último tiene hasta tres variantes; considera él que es aceptable la sostener que la adquisición vía doble venta es una adquisición *a non domino* también la adquisición *a domino* que considera a la primera venta, es decir a la consensual como transferencia con efectos absolutos, pero una adquisición insegura por si acaece una posterior venta con inscripción registral. La adquisición es *a non domino* porque la ausencia del titular es suplida por la ley haciendo eficaz a la segunda venta inscrita privando la adquisición del comprador consensual que no inscribió, la ley subsana la ausencia de titularidad del transferente de una manera similar a como sucede en la usucapión, a través del justo título y la buena fe; dice el autor, que también es admisible la primera variante de adquisición *a domino* que considera que el derecho del primer comprador se resuelve frente al del comprador inscrito revirtiéndose momentáneamente al vendedor desde el que la adquisición del comprador inscrito es voluntaria y derivativa. Su particular posición, sin embargo no tan convencida, es que se inclina por la adquisición *a non domino* por cuanto el vendedor al ocurrir la segunda venta ya no goza de poder de disposición, siendo el elemento relevante la buena fe del segundo comprador (pp.342-344).

En suma, si bien por el sistema consensual la transferencia opera por la mera celebración del contrato enajenatorio, sin embargo, en la circunstancia que el mismo bien fuera enajenado a un segundo comprador que obrando de buena fe además inscribe su adquisición en registros públicos, la primera transferencia decaerá a favor del segundo comprador en procura de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, vale decir, la adquisición puramente consensual es la que está sujeta a una situación de latencia o pendencia hasta que ocurra una eventual segunda venta. Por ello la lectura del Art. 949 debe efectuarse siempre conjuntamente con el Art. 1135 y el Art. 2022,

es decir, que la transferencia inmobiliaria es consensual en tanto no ocurra una doble venta, el adquirente consensual es propietario hasta que otro comprador de buena fe con derecho inscrito no le dispute.

Es necesario que los operadores jurídicos comprendan que el régimen de transferencia inmobiliario instaurado por nuestro vigente Código Civil es el de consensualismo con un sistema de doble venta y oponibilidad registral, para resolver disputas inmobiliarias hay que leer completo el sistema, el consensualismo sólo es una mitad de lo que es realmente el sistema de transferencia, la otra mitad está compuesta por la inoponibilidad del adquirente de buena fe con inscripción registral que también coincide con la doble venta inmobiliaria.

Podría pensarse que el sistema en el cual se prefiere al comprador inscrito en perjuicio del adquirente consensual es un sistema injusto, la respuesta a ello es que sería igualmente injusto que se perjudique al comprador de buena fe que confió en la información registral, es decir, es un fenómeno cuyo reproche moral resulta ambivalente, porque ya sea que se prefiera al inscrito o al consensual, igual uno de ellos es perjudicado, por ello, la preferencia al comprador con inscripción registral es una opción legislativa para evitar el caos en el tráfico inmobiliario y sostener la seguridad jurídica inmobiliaria, con cuya asunción legislativa tampoco se ha asumido una posición es desmedro del comprador sin inscripción registral pues este tiene habilitado el camino de la responsabilidad civil indemnizatoria o resarcitoria contra el doble vendedor cuya mala fe al vender nuevamente el mismo inmueble a otro perjudicó al primer comprador.

Al referir lo precedente tampoco es que asumimos una postura de conformidad respecto al estado actual del sistema de transferencia, todo lo contrario, sostenemos una posición crítica puesto que el que tenemos es un sistema fallido, dado que, si bien, de cierto modo es superior a un sistema de informalismo como el puramente consensual, no obstante, en tanto la adquisición consensual es una adquisición oculta conlleva a un sistema de propiedad como mera expectativa (insegura) pues decaerá apenas ocurra una inscripción, además, es un sistema que perjudica la seguridad inclusive del adquirente con inscripción registral en tanto es muy usual que el primer comprador ataque el derecho del comprador inscrito con ese argumento que su

adquisición es írrita porque vendedor al momento de enajenar ya no tenía ningún derecho de propiedad que transmitirle al haberle transferido previamente a él. Es decir, es un sistema que ni deja tranquilo al comprador inscrito, tampoco al comprador por mero consenso.

6.2. BENEFICIOS: PAUTAS DESDE EL DERECHO COMPARADO PARA UN SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIA PERUANO EFICIENTE Y SEGURA.

Con los resultados de la comparación formulada a continuación desarrollemos una argumentación propositiva, la que será en dos grados, la primera en el estado actual del ordenamiento jurídico civil, la segunda comprenderá reflexiones propositivas para una reforma más ambiciosa y resistida hasta ahora:

6.3.1. Un paliativo urgente en el estado actual del Código Civil.

En pasajes anteriores hemos señalado que el sistema de transferencia peruano gira en un círculo vicioso de consensualismo, informalidad e inseguridad jurídica, el pleno jurisdiccional de jueces superiores en materia civil del 25 de noviembre de 2020 es una muestra de cuán grave es la comprensión de la relación reglas consensuales y reglas de inscripción registral, si tendríamos que compararlo con un paciente, nuestro sistema se parece a un enfermo que se desangra, a pesar de tantos intentos de reforma, esto tomará tiempo ¿Mientras tanto qué se debe hacer?

Como a todo enfermo que se desangra hay que pararle la hemorragia, aplicarle las medidas paliativas mientras venga el tratamiento definitivo, es decir, en el estado actual de la legislación civil, es necesario que se asuman algunas pautas que puedan conciliar la transferencia meramente consensual y las reglas de adquisición que establece el Derecho registral, es decir, equilibrando simpleza y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que el mandato del legislador está inclinado a la garantía de la seguridad del tráfico sujeta a la buena fe.

Hemos abundado en que la adquisición consensual es sólo una de las facetas del universo legislativo destinado a la regulación de la transferencia inmobiliaria, a pesar que nuestra legislación civil respira un rasgo timorato respecto a establecer el carácter limitado del consensualismo aún se puede identificar la otra faceta conformada por las reglas establecidas en el ámbito legislativo registral que no deben ser obviadas, es decir, el consensualismo como mecanismo de transferencia inmobiliaria no puede ser asumida por los operadores jurídicos, especialmente los judiciales, como una regla aislada y desconectada, sino confluyente o coexistente con las reglas registrales. La experiencia comparada también enseña que el sistema de transferencia consensual inmobiliario no es una ordenación aislada de la publicidad y seguridad jurídica, sino atenuada o sometida, en todo caso, coordinada por criterios normativos que otorgan un papel definitivo a la apariencia que nace de la publicidad registral, con la única regla de la exclusión de esas ventajas a quien actúa de mala fe.

En las circunstancias conflictuales derivadas de la compraventa no inscrita A — B contra la compraventa inscrita A — C, es decir, de la disputa entre B y C, los operadores jurídicos deben resolver la causa no sólo sobre el razonamiento básico que B es propietario y C no adquirió nada porque al momento de la segunda venta A había extinguido su derecho al haberlo enajenado a favor de B, pues ese análisis olvida el imperativo de examen de la confianza en la apariencia registral, esto es, la buena fe diligencia con el que obró el segundo comprador. Es decir, ya sea que se plantee nulidad, mejor derecho de propiedad, reivindicación, ineficacia, inoponibilidad o cualquier pretensión orientada a adjudicar judicialmente el inmueble a los disputantes B o C se debe resolver bajo la égida integrada o sistemática de los Arts. 949°, 1135° y 2022° del Código Civil.

Además, los operadores jurídicos no deben reducir la protección al tercero sólo a la garantía de inatacabilidad establecida en el Art. 2014° del Código Civil, sino que tienen que considerar que nuestro sistema recoge también la protección al tercero vía inoponibilidad a través del Art. 2022°, tal como se aprecia en la Fig. N° 10 y la Fig. N° 11 de autoría de García García, empero, siempre bajo la égida de la buena fe. Ninguna legislación civil comparada, por más que hayan adoptado el sistema consensual hace

prevalecer por sí misma a la adquisición no inscrita frente a la adquisición con inscripción registral.

A este respecto ha resumido el profesor Ronquillo (2015) la posición de los diversos autores italianos (Coviello, Funaioli, Maiorca, Barassi, Gentile, Gazzoni, Ferri, Messineo y Casella), cuya legislación, como ya se detalló en el capítulo anterior, también recoge el sistema de transferencia consensual, todos aquellos autores coinciden en la prevalencia de la adquisición inscrita en perjuicio de la adquisición fuera de registros públicos, lo que intentan es explicar la legitimación de la enajenación de alguien que ya había enajenado previamente, además, sobre si la adquisición del segundo comprador inscrito es una adquisición *a domino* o una adquisición *a non domino*, es decir, no es que la primera adquisición no inscrita es absoluta y la segunda adquisición a pesar de estar inscrita es nula o sin efecto (pp. 130-133). Si bien el autor, a diferencia nuestra, es de la opinión que hay que armonizar el sistema consensual con el sistema de transferencia, sin embargo, tampoco otorga una prevalencia definitiva a la adquisición consensual no inscrita, más bien se inclina por la oponibilidad del que detenta derecho inscrito, postulando la perspectiva que la segunda adquisición es una adquisición *a non domino* legitimada por estar inscrita y opera como una excepción a la regla “*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat*” encontrando justificación en la necesidad imperativa de dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, produciéndose adquisición fundada en una causa legal más que en una causa convencional. Así pues, el operador jurídico debe tener la visión por la cual quien compra un inmueble, pero no lo inscribe, si bien adquirió primero la propiedad, empero, está expuesto a perderlo en un eventual conflicto con terceros inscritos, por cuanto como señala Messineo, la inscripción es un elemento de solución de conflictos jurídicos intersubjetivos (Ronquillo, 2015, pp. 135-139).

En buena cuenta, en un conflicto entre el primer comprador sin inscripción frente a un comprador posterior con inscripción registral, los operadores del sistema judicial (también árbitros), deberán tener en cuenta que, si el segundo comprador obró de buena fe, al primer comprador no le asiste tutela real, sino que le asiste sólo tutela crediticia, en simple, no hay propiedad para él, sino indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad contractual, a cargo del vendedor.

El otro aspecto trascendental es que para resolver la disputa inmobiliaria entre varios que reclamar ostentar el derecho de propiedad sobre un mismo inmueble, el legislador peruano jamás le ha asignado algún rol a la posesión, sin embargo, por lo menos en la última década la Corte Suprema³³⁸ le ha concedido un factor definitivo de objetivación de la mala fe en la solución de disputa judicial inmobiliaria, es que, por ejemplo, en circunstancias en los que se produce la doble venta o múltiple aludida *ut supra* si B a pesar de no haber inscrito su contrato recibió la posesión del inmueble, será más fácil rebatir la buena fe de C a pesar que este lo haya inscrito pues compró el bien a sabiendas que B detenta la posesión, en todo caso, C se limitó a verificar sólo la información registral, cuando en aras de una adquisición con las manos limpias debía verificar la posesión, con cuya acción podía representarse la adquisición previa de B, es decir, la buena fe diligencia³³⁹ que se exige para la tutela al tercero está sujeta en buena medida al factor posesión, esta exigencia es válida tanto para el tercero del Art. 2014, como también para el tercero de los Arts. 1135 y 2022 del Código Civil.

Asimismo, en el mismo ejemplo precedente, compraventa A — B (no inscrita) seguida de compraventa incompatible A — C (inscrita), es trascendental que los operadores jurídicos tengan en cuenta que no configura ninguna causal de nulidad del negocio jurídico A — C la mera circunstancia que B alegue que él adquirió primero, o que A ya no detentaba el derecho de propiedad al momento de vender a C, pues en tanto el propio Código Civil ha establecido una solución por la que se prefiere la adquisición *a non domino* a favor de C (Arts. 1135 y 2022), esa alegación “C ya no era propietario porque le vendió primero a B” queda al margen de las causales previstas en el Art. 219° del Código Civil, obviamente, si C actuó con buena fe diligencia. Eso no

³³⁸ Una abundante y detallada indagación se puede consultar en Vargas (2020) pp. 215-216.

³³⁹ Además de la tan invocada sentencia STC 2020-00018-2015-AI, la buena fe diligencia ha sido institucionalizado por la Corte Suprema en diferentes pronunciamientos: Así, en la Casación N° 3505-2018 – Puno aseveró que “*El artículo 2014 del Código Civil consagra el principio de buena fe registral; sin embargo, la presunción de buena fe registral constituye una presunción iuris tantum, es decir, que admite prueba en contrario, y a un comprador diligente, lo menos que se le puede exigir es verificar quién se encuentra en posesión del inmueble y en qué condición*” (Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permente, agosto, 13 de 2020). Igualmente en la Casación N° 2825-2017 – Lima Sur, señaló “*Con relación a la buena fe, se debe señalar que es menester que quien adquiere un bien por la publicidad del registro debe tener una mínima conducta diligente al momento de la adquisición, imponiéndosele deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta la sola invocación de la publicidad registral, sino que además se encuentra obligado a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición (buena fe – diligencia)*” (Sala Suprema Civil Permanente, agosto, 02 de 2018).

significa, sin embargo, que si se acredita otros elementos diferentes al solo “yo compré primero y ya no era propietario”, por ejemplo, una efectiva simulación entre A — C, falsificación del instrumento de celebración del negocio A — C o voluntad viciada de A celebrada por coacción de C, no pueda decaer el negocio jurídico A — C, pero, tal como se ha vislumbrado, no es por que “A ya no era propietario al celebrarse de la segunda venta” sino por otros elementos determinantes diferentes a la mera ajenidad, los que ya se encuentran fuera de la cobertura de los Arts. 1135° y 2022° del Código Civil porque estas presuponen la validez del negocio jurídico inscrito, es decir, en caso de invalidez, a pesar de estar inscrita carecen de aptitud jurídica para hacer prevalecer la propiedad a favor de C, porque la inscripción no convalida negocios jurídicos nulos.

Habiéndose evidenciado que los juzgadores han perdido la noción de la coexistencia del consensualismo con la doble venta y el sistema de oponibilidad registral, es preciso que se celebre un pleno jurisdiccional de jueces supremos, en el cual, respecto a la disputa del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles con alegada titularidad excluyente de múltiples reclamantes, se establezca la regla siguiente:

- a) En los procesos judiciales donde se disputan o cuestionan la titularidad sobre bienes inmuebles o se cuestione algunos de los títulos sobre estas, a través de cualquier pretensión; los jueces resolverán acorde con el Art. 1135°, 2014° y 2022° del Código Civil, prefiriendo a la parte que tenga el derecho inscrito, salvo que se acredite su mala fe o ausencia de buena fe diligencia, otorgando especial atención a la parte que detenta posesión sobre el inmueble.
- b) La mera circunstancia que el acto jurídico no inscrito es de fecha anterior al acto jurídico inscrito no constituye causal de nulidad *per se* de esta última, salvo que se acredite que el adquirente con derecho inscrito conocía de la existencia del primer acto enajenatorio.

6.3.2. La reforma reclamada hace más de una centuria: el registro constitutivo.

La tendencia histórica en cuanto a transferencia inmobiliaria es hacia la publicidad, inclusive en las civilizaciones más antiguas en los que el tráfico inmobiliario no era tan intenso como en estos tiempos, la publicidad fue un pilar imprescindible. En el

antiguo Egipto por ejemplo se afirma que la geometría fue inventada como mecanismo de agrimensión para tener certeza de la ubicación de los predios dadas las continuas inundaciones por el río Nilo, inclusive como señala Martínez (2019), para una eficiente recaudación tributaria en el contexto de las revoluciones urbanas, ya hace más de 3000 años a. C. en sumeria, Antiguo Egipto y el Valle del Indo se habían desarrollado sistemas catastrales (p. 40).

Zamora (2004) detalla que, en la antigua Roma, la publicidad se realizó a través de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, pero no existió un registro específico de propiedad, en cambio en el Egipto antiguo, como señala Wolff, se cuenta con datos de la existencia de la llamada *Katagrafé* con un horizonte dual, el de recaudación tributaria y de publicidad inmobiliaria, que posteriormente sería reemplazado por un documento análogo a los notariales de la actualidad, denominada *anagrafé* (siglo III a. C.); ya en la época de dominación romana (55 d. C.) se tiene noticias históricas de un registro de *Bibliotheke ton enkteseon* por lo que para actos de disposición se requería la *epistalma* que sería un equivalente a la certificación registral de nuestro tiempo (pp. 25-34). A pesar que en la antigua Roma la *traditio* se erigió como el método de trasmisión, que *per se* significaba alguna forma de publicidad por la inmediatez con la cosa, tampoco se cayó en un absoluto informalismo, por lo contrario, la transferencia inmobiliaria se consideraba un evento de interés público, por lo que se aseguraba la participación de vecinos en la transferencia (*proprietas vicinis praesentibus demonstratur*) que permitía no sólo asegurar la transferencia, sino también de evitar enajenaciones a *non domino* y fue impuesta por Constantino, esto es, cautela de la legitimación del disponente, pues los vecinos son grupo social de referencia, peor si se trataba de transferencia por donación era necesaria la *insinuatio* (pp. 32-85).

La conquista romana de Egipto, según Soza (2003) trajo notables cambios para aquella, especialmente en cuanto a documentación, pues los egipcios, por el año 30 a.C. ya manejaban un registro de archivos organizado por índice alfabéticos con la finalidad de reflejar el historial jurídico de los fundos inscritos; así, la enajenación debía estar precedida de una autorización para celebrar el contrato, supone ello la previa comprobación de la titularidad del enajenante, sólo teniendo a la vista la autorización los notarios estaban habilitados para documentar el negocio enajenatorio,

después del cual, el adquirente declaraba su adquisición ante el encargado, sobre cuya declaración se extendía la inscripción en los papiros, la transferencia carente de intabulación, según invoca a Álvarez Suárez no tenía efectos frente a terceros que sí inscribieron; mientras que en la Roma postclásica, fue recién en las novelas de Valentiniano III que se condicionó a la venta inmobiliaria a la *insinuatio*, su escrituración y pago de impuestos, aunque se afirma también que ya se exigía la incorporación registral en la curia como condición para la firma del contrato, con lo cual, además de la publicidad, también se aseguraba el pago de los impuestos que gravaban las transferencias. La *insinuatio* se explica, en síntesis, como el condicionamiento del negocio jurídico de enajenación a ser inscrito en los libros de un gobernador provincial o magistrado municipal. Esto según la propia autora constituye un antecedente bastante remoto de lo que hoy son los registros públicos de propiedad (pp. 64 y 86).

La transferencia inmobiliaria, para su eficacia, inclusive en las sociedades más arcaicas estuvo subordinado (en todo caso auxiliado) a la publicidad, por ello que la adjudicación de efectos legales a la transferencia oculta o clandestina es una opción más que atípica, inaudita. La publicidad es la mejor forma de expurgación de transferencias viciosas, porque como reza ese viejo dicho “la luz del sol es el mejor desinfectante”³⁴⁰, no hay mayor seguridad en las transferencias que el que se realiza con transparencia y bajo el halo de publicidad que permita el escrutinio del ojo público a quien se dirige una de las cualidades más esenciales de la propiedad, su oponibilidad universal.

El sistema de transferencia nuestro se sustenta en el mero consenso, y acorde con la casuística, resulta que la transferencia o adquisición por publicidad es considerada secundaria, especialmente en los casos de doble venta, de lo que deviene que no hay seguridad jurídica en la propiedad inmobiliaria que adquieren los agentes. Es lógico entonces el reclamo de una reforma. Como ya hemos advertido al hacer referencia a las Códigos del 1936 y 1984, las voces siempre estuvieron orientadas hacia un sistema

³⁴⁰ Frase adjudicada a Louis Brandeis, Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos allá por los primeros años del siglo XX, quien había escrito: “La publicidad es justamente recomendada como un remedio para enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz del sol es uno de los mejores desinfectantes; la luz eléctrica, uno de los policías más eficientes” (Cit. por Schahuer, 2014, p. 91).

registrar constitutivo, sin embargo, no quedó claro el carácter causalista o abstracto del sistema que se pretendía instaurar.

Como consecuencia de la presente investigación hay herramientas comparadas que permiten abogar por el abandono del consensualismo extremista que permite hasta la transferencia verbal hacia la instauración de un sistema de título y modo, de manera que la transferencia inmobiliaria ya no opere en la clandestinidad, sino en estricto previo un negocio jurídico enajenatorio elevado a escritura pública, que será el título, seguida de la inscripción registral, el cual será el modo, de manera que se transforme hacia un sistema registral constitutivo causalista, más no el sistema abstracto.

La instauración del sistema de transferencia sustentada en el registro constitutivo ha encontrado resistencia, esta se ha fundamentado en la ausencia de un catastro nacional de nuestro país. Según nuestra apreciación, si bien puede esa ser una razón importante, sin embargo, la experiencia alemana muestra que el registro constitutivo se adoptó antes de la introducción del catastro como inventario oficial que recién fue mediante el Decreto del 23 de enero de 1940, tal como hemos advertido. Sin ir tan lejos, cuando se instauró el sistema registral constitutivo en la legislación chilena, allá por el año 1856, tampoco esta nación no contaba con un catastro nacional, por lo contrario, fue un programa progresivo, que como catastro predial comenzó recién a principios del Siglo XX, a través de la Oficina de Mensura de Tierras, exactamente a partir de 1907, mientras que los esfuerzos por general un catastro único datan de la segunda mitad del S. XX (Alvarez, 2014). La situación colombiana en ese aspecto también fue análoga, pues recién comenzó a instaurarse a partir de 1908 con meros fines fiscales y propiamente comenzó a partir de 1930 con el encargo del trabajo a la Misión suiza Kemmerer, consolidándose y hasta el año 1982, porque recién a partir de 1983 inicia su época de dinamismo (Ramos, 2003, pp.157-157), lo que significa que cuando se instauró el sistema registral constitutivo en 1873 tampoco tenía un catastro nacional ni siquiera en su fase más incipiente.

Aquello demuestra que los sistemas registrales constitutivos más cercanos al Perú no se erigieron bajo la condición inexorable de un sistema catastral único, mas bien, es manifiesta la ausencia de un verdadero compromiso hacia la implementación de una transferencia basada en la publicidad, la excusa de la falta de catastro permite disimular

nuestra predisposición sociocultural hacia el idilio con la informalidad y clandestinidad, la ausencia de relaciones jurídicas cristalinas, una vocación permanente a realizar transacciones en la sombra amparada en el Art. 949 que en el fondo es usado inclusive para evadir al fisco. Frente a esta realidad hay que permitir evocar lo que ya había señalado Pedro M. Oliveira, allá por el año 1925:

“Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un opacado concepto de posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son los más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza” (Citado por Castillo, 2007, p. 47)

Es tiempo de acometer la reforma del sistema de transferencia, coetáneamente es necesario tomar seriamente la implementación de un catastro nacional, es imperativo una gestión catastral en paralelo con un sistema de transferencia formal, porque los esfuerzos aislados conllevan a la larga hacia un círculo vicioso, de lo contrario mientras se va actualizando el catastro el sistema informal automáticamente va causando su desfase. En buena medida es necesario mutar el Art. 949° del Código Civil hacia una transferencia vía inscripción registral causada, por lo menos, respecto a los bienes inmuebles que ya cuentan con inscripción registral o bienes inmatriculados, esto evitará esa inseguridad jurídica que suscita la doble venta y que es agravada por el pleno jurisdiccional civil de jueces superiores de noviembre de 2020, pues si la propiedad se adquiere con la inscripción registral, primero evitará la doble venta inmobiliaria, si la inscripción es constitutiva si el titular registral A enajenó a favor de B, este estará obligado a inscribirlo, es decir, ya no podrá mantener oculta su compraventa, entonces A ya no se podrá aprovechar de la apariencia registral de mantenerse como propietario ya no podrá aprovecharse de la buena fe de C. En caso ello ocurriera, la disputa entre B y C, ya no será una disputa real, ni B alegará nulidad con el argumento que la segunda venta se realizó cuando el vendedor ya no tenía el derecho de propiedad al haberlo transferido, indefectiblemente a B no le quedará más

que reclamar responsabilidad contractual —obligatoria— contra A. Habrá certeza jurídica que de suscitarse ese conflicto entre B y C, quien detenta el derecho de propiedad es definitivamente quien lo ha inscrito, es decir, C. Notoriamente las reglas de juego estarán claras, así ningún comprador que cuenta con derecho inscrito ya no tendrá que mantenerse en zozobra creyendo que su vendedor previamente podría haber celebrado una venta oculta anterior. Es decir, la instauración de una inscripción registral constitutiva causalista es un reclamo legítimo, pues ante una regla clara que suprima la adquisición clandestina sino vía inscripción registral, el juzgador no se verá tentado a socavar la adquisición inscrita en beneficio de la compra oculta, ni considerará a la adquisición inscrita con un aire de ilegitimidad por ser segunda en el tiempo.

En todo caso, si es que nuestra cultura, nuestra sociedad y como parte de ella nuestro sistema inmobiliario ha sido vencida por la informalidad y se determina que es inviable la instauración de un sistema registral constitutivo, ya sea porque la mayor cantidad de predios o edificios no se encuentran inmatriculados o a pesar de estar inmatriculado las transferencias extraregistrales han generado un desfase, ello es una justificante de la reforma hacia un sistema de título y modo, por el cual, se establezca que la transferencia opera a través de una negocio jurídico enajenatorio cuya condición de validez sea su otorgamiento vía escritura pública seguida de entrega posesoria del inmueble, prohibiéndose la *traditio* instrumental, estableciéndose que aún esta forma de adquisición no subvertirá a la adquisición que cuenta con inscripción registral y buena fe (en un eventual conflicto). En buena cuenta se propone un régimen de transferencia como el que existe en la legislación uruguaya o la legislación argentina.

Además, es preciso que se establezca que en caso de concurrencia de acreedores inmobiliarios (también llamada múltiple o doble venta) el segundo orden de prelación, después de la preferencia al acreedor con derecho inscrito, se prefiera al acreedor que además de ostentar escritura pública haya recibido la posesión del inmueble y sólo en último orden a quien detenta sólo título sin inscripción registral, ni posesión. Esto permitirá agilizar los saneamientos y la respuesta a las discusiones inmobiliarias, pues la transferencia meramente consensual se ha tornado en insostenible, ya que en cualquier discusión o disputa inmobiliaria cualquiera es capaz de exhibir un

documento privado o documento de fecha cierta, toda vez que los notarios ni los jueces de paz llevan un registro de legalización o certificación de firmas de transferencias inmobiliarias. Esto opera vía modificación del Art. 1135 del Código Civil.

La asignación de un rol definitivo a la *traditio* posesoria en defecto o ausencia de la inscripción constitutiva, no solo es sostenible, sino necesario, por cuanto la posesión desde siempre es considerada un medio de publicidad, ciertamente no la esperada o suficiente como la publicidad registral, pero sí con un rol superior a la transferencia meramente consensual. Es que la posesión también tiene a su favor la efectividad, funciona como un elemento de objetivación del dominio sobre la cosa y resulta largamente superior a la mera transferencia consensual que tiene como rasgo esencial su carácter oculto, desde lo cual, resulta un contrasentido o contracorriente porque el cauce natural de adquisición del derecho de propiedad como derecho real requiere de un negocio jurídico provisto de formalidades como documento público acompañado de signos exteriores que permitan su cognoscibilidad y oponibilidad universal, lo que se logra bien con la inscripción, bien con la *traditio*.

En la doctrina peruana voces como el de Pasco (2018) ya han sostenido que la posesión juega un rol en la lucha contra el fraude inmobiliario, en cuanto funciona como una carga de determinación de la realidad, en buena cuenta, como una situación extraregistral relevante, que acorde con la Casación N° 2866-2013 es capaz de pulverizar la buena fe, de manera que surge en el comprador registral el deber de universal de verificar la posesión del predio antes de adquirirlo, acorde con la Casación N° 3187-2013 (pp. 288-310). También Mejorada (2015) había sostenido que la posesión funge de escudo contra el fraude inmobiliario, pues al tercero que no tomó posesión o no lo verificó le será difícil argumentar buena fe, toda vez que es parte de la diligencia mínima, la posesión es capaz de quebrar la buena fe sin la necesidad siquiera de ser documentada, asimismo, si el propietario no detenta posesión es tan igual a como dejar la puerta sin cerrar en un barrio peligroso.

Que en la transferencia inmobiliaria se le asigne un rol a la posesión como expresión de *traditio* se condice con la eficacia misma del derecho de propiedad, puesto que acorde señala Alvarez (1986) la propiedad no es sino la posesión investida por el tiempo, pues no es la propiedad la que existe en sí, sino la posesión como un evento

con cierta relevancia social, por ello es que la posesión es la más auténtica forma de identificación y prueba de la propiedad (pp. 143-151). Es que la posesión prolongada es capaz inclusive de vencer a la inscripción registral, cuando esta muta hacia vía usucapión que según el autor es la única realidad de la propiedad, y a nuestra consideración “(...) la usucapión tiene esa fuerza avasalladora proveniente del poder imperial que le ha sido investido con el cetro de la posesión y la corona del tiempo” (Trujillo, 2014, p. 76)

En la actualidad los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles celebradas ante los notarios del país carecen de mecanismos adecuados de indagación, pues cada notario lo conserva bajo el más absoluto secretismo, así si cualquier adquirente inmobiliario requiere indagar respecto a si el vendedor ha celebrado algún acto de enajenación anterior con otra persona quien no lo haya inscrito tendría que apersonarse a cada notaría de la república (o por lo menos a todas las de la ciudad) solicitando por escrito un reporte sobre si figura alguna venta, algo tedioso e ineficiente. Para superar este grave problema es importante que se gesticione una base de datos centralizada a cargo del Consejo del Notario que conlleve a un *índice notarial unificado de actos de constitución de derechos reales inmobiliarios* (INUADRI) en el que se incorpore los datos más esenciales de todos aquellos negocios jurídicos de constitución de derechos reales inmobiliarios, consistente en la identidad de las partes celebrantes y la identificación del inmueble, el cual debe ser de acceso público, pagando algún derecho que le permita autosostener la gestión de tal índice.

Este instrumento de indagación resulta relevante y necesaria para evitar la doble venta inmobiliaria, pues desde que posibilita la consulta de índice por nombre y documento de identidad o registro único de contribuyentes (en caso de personas jurídicas) de los sujetos intervinientes no se dejará timar por una venta oculta, esta interconexión sería una herramienta útil también a los mismos notarios con el mismo propósito, pues al consultar en línea y advertir que el vendedor ya enajenó previamente evitará extender la escritura pública de la segunda venta que genere conflictos. Este índice sería administrado por el Consejo del Notariado y deberá ser de uso obligatorio para los notarios de la república, debiendo agregarse una disposición en el Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado. Este índice sería necesario siempre que se descarte el

sistema registral constitutivo y se adopte el sistema de *traditio* precedida de negocio jurídico en escritura pública, porque en caso del registro constitutivo, realidad y apariencia confluyen, agotan y se inician en el asiento registral. La creación de este índice no sustituiría ni prevalecería sobre las inscripciones registrales a cargo de la SUNARP, pero permitirá una fácil indagación de los actos notariales para evitar mantener ocultos negocios jurídicos no inscritos.

CONCLUSIONES:

PRIMERO. Del análisis comparado de los sistemas de transferencia inmobiliario europeo y latinoamericano, acorde con el grado de complejidad y seguridad descendente del que están imbuidos cada uno se desprende que en se decantan por el mecanismo jurídico de publicidad registral y la traditio, siendo un numero reducido los que se afilian al sistema del mero consenso como mecanismo de transferencia, así, tenemos:

- (i) El sistema de transferencia sustentada en la separación o desvinculación de negocios jurídicos obligatorios y negocios de disposición o constitución de derechos reales, en especial la Auflassung seguida de inscripción registral constitutivo abstracto es una cualidad exclusiva del sistema alemán.
- (ii) La abrumadora mayoría de las legislaciones examinadas se han alineado al sistema del título y modo, de ellos, además, tenemos un subgrupo de legislaciones, que el segundo elemento, esto es, el modo, han sustituido la traditio por la inscripción registral del título de enajenación; son las legislaciones que han conjugado bien el sistema del título y modo con la inscripción registral, tornándolos hacia un sistema registral constitutivo, pero causalista.

En este grupo encontramos al Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil General austriaco o simplemente (ABGB), el Código Civil de Países Bajos (1838 – Ref. 1992) Burgerlijk Wetboek, Código Civil Suizo (en alemán Schweizerisches Zivilgesetzbuch o simplemente ZGB) de 1912, el Codul Civil de Rumania (2009), el Código Civil de Albania (1994), el Código Civil Ruso de (1995), el Código Civil de Bielorrusia (1998), el Código Civil de Brasil (2002),

el código Civil de Panamá (1916), además, tenemos tres legislaciones civiles en las que la inscripción registral es no sólo modo, sino una forma de *traditio* de bienes raíces, el Código Civil de Chile de 1855, el Código Civil de Colombia de 1873 y el Código Civil de Ecuador de 1961.

- (iii) El segundo subgrupo de legislaciones que adoptan el sistema de título y modo se ubican los sistemas que establecen la *traditio* en su más auténtica expresión (entrega), sin embargo, todos ellos exigen como condición de validez del título que le sirve de causa que conste en instrumento público, luego, van todavía más allá, pues a pesar que la adquisición opera con la *traditio* no pasa de tener eficacia entre las partes, por lo contrario, para su eficacia erga omnes instauran la fórmula de la inscripción registral. Es decir, estos códigos aseguran de esta manera: título en escritura pública + *traditio* => transferencia entre las partes + inscripción registral => transferencia oponible a terceros. De esto resulta, el sistema registral declarativo con *traditio* previa. En este grupo encontramos al Código Civil de Uruguay (1869, refrendada en el año 1995), los Códigos de Argentina, tanto de Sarfield (1871) como el del año 2014, el Código de Puerto Rico tanto de 1930 como del año 2020, el Código Civil del Reino de España (1889) y el Código Civil de Honduras de 1906. Estos últimos instauran la *traditio* instrumental.
- (iv) Finalmente, tenemos los ordenamientos jurídicos que se acogen al sistema consensual o suficiencia del contrato de enajenación para configurar el derecho de propiedad —contrato con efectos reales— estos a su vez, se subdividen en los que exigen que el negocio jurídico de enajenación conste en instrumento público. Adoptan este sistema el Código Civil de Italia (1942), el Código Civil de Portugal (1966), el de Paraguay (1985), el de Guatemala (1963) y el de Rep. Dominicana (1884). El Código Civil Venezolano (1982) también exige instrumento, no precisa si público o meramente privado, pero queda claro que refiere a un documento escrito. Todas estas legislaciones consensualistas, además, cuentan con una fórmula legal por el cual dejan claro que la transferencia consensual opera entre las partes, enfatizando que la inscripción registral es la que, a pesar de ser declarativa, cumple la función de dotarle de efectos frente a terceros (v.g. el Art. 5.1. Ley de Registro Predial de Portugal).

En relación de los sistemas de transferencia extranjeros antes referidos el sistema de transferencia peruano se afilia al sistema consensual, pero con la particularidad que ella no exige ninguna formalidad para la transferencia ni establece un mandato de relatividad en su eficacia a diferencia de las otras que sí exigen la escritura pública como forma ad solemnitatem y señalan una cláusula de relatividad de la transferencia sin publicidad registral.

SEGUNDO. Respecto a los fundamentos por los cuales la legislación civil peruana mantiene el sistema consensual, se pudo determinar: por un lado, desde una dimensión histórica, que durante la colonia tenía arraigado el sistema del título y modo por influencia del Derecho castellano en su primera codificación, luego, con posterioridad a la independencia abrazando la codificación napoleónica viró hacia el sistema consensual más radical, sin exigencia de formalidad alguna, pues en el Art. 1308° del Código Civil de 1852 estableció una fórmula análoga al Art. 1138 del Code, que la transferencia opera celebrado el contrato aun cuando no se ha entregado la cosa o pagado su precio. Esa versión se mantiene hacia la posteridad pese a que el propio sistema francés corrigió con la Ley de transcripción Inmobiliaria de 1855. Así el Código Civil de 1936 en su Artículo 1172° establece que la transferencia opera por la mera obligación de dar, a su vez ya incorpora el sistema de la doble venta (Art. 1174), la inoponibilidad de lo no inscrito (Art. 1050) y la inatacabilidad al tercero registral de buena fe (1052), que en la práctica relativizan la transferencia consensual y otorgan prevalencia a la adquisición inmobiliaria que goza de inscripción registral. Sin embargo, hay que resaltar que sigue la ausencia de alguna formalidad para la transferencia, así como la fórmula expresa de la eficacia inter partes de la transferencia consensual. El Código Civil de 1984 en cuanto al sistema de transferencia inmobiliaria no incorporó ninguna modificación, ni aclaró nada, pues el Art. 949 mantiene el sistema consensual, la doble venta en el Art. 1135, la inoponibilidad en el Art. 2022 y el sistema de inatacabilidad al tercero registral de buena fe en el Art. 2014.

En buena cuenta, la vocación de permanencia del sistema consensual peruano resulta carente de fundamento histórico, dogmático y comparado, pero con alta incidencia directa en los procesos de formalización inmobiliaria, es que sin una reforma paralela del sistema de transferencia, aquella constituye un esfuerzo vano, para resumirlo la

formalización inmobiliaria sin reforma del sistema de transferencia inmobiliaria “es como Penélope de Ítaca que destejía de noche”, porque el sistema consensual es un factor que alimenta la informalidad y esta a su vez se eleva a un factor para no realizar reformas hacia un sistema de transferencia con mayores exigencias de formalidad, hay una mutua retroalimentación. Es verdad que a ello le podemos sumar otros factores como la brecha económica, la idiosincrasia de vocación hacia la informalidad de los ciudadanos y, especialmente, la falta de una política estatal orientada a tomar seriamente el problema de la informalidad inmobiliaria. Pero el círculo vicioso de la informalidad y la inseguridad jurídica comienza con el consensualismo extremo y el libertinaje de forma respecto a la celebración de los negocios jurídicos de enajenación de bienes inmuebles, porque todo esfuerzo de formalización que ha venido realizando el Estado ha caído al saco roto del consensualismo por inexactitud sobrevenida que se le ha denominado desregularización, sumado a ello, las edificaciones sin licencia municipal de construcción, la no declaratoria de fábrica y la instauración fáctica de propiedades por pisos y sus posteriores transferencias. En buena cuenta, no es posible emprender un proceso de formalización exitoso si a su vez no se cambia el sistema de transferencia hacia un régimen *solemnitaten* que sostenga la formalización que se viene emprendiendo. El dato de Dubé (2015) señala que sólo el 21% de las operaciones sucesivas de los predios que tituló Cofopri han sido inscritas (p.12)

TERCERO. A la luz del derecho comparado que se inclina por la traditio y/o publicidad como condición de transferencia o inclusive a la luz de los sistemas consensualistas que relativizan la transferencia consensual condicionando su oponibilidad erga omnes a la inscripción registral, la “sola obligación de enajenar” prevista en el Art. 949 del Código Civil resulta incompatible con las exigencias de seguridad jurídica y efectividad en la transferencia de propiedad, pues genera por lo menos ausencia de claridad sobre la efectiva exclusión universal. Es que la comparación realizada arroja que dentro de las legislaciones civiles de la familia romano-germánico, el sistema de transferencia inmobiliario peruano es el que está incurrido en la mayor deficiencia, porque no exige ninguna formalidad como la celebración vía instrumento público, tanta es la deficiencia que no exige ni instrumento privado con fecha cierta, de manera que los negocios jurídicos de enajenación inmobiliaria pueden celebrarse inclusive verbalmente, la ausencia de alguna

formalidad aún en su mínima expresión es inexplicable, es un caso atípico, contracorriente. Además, la otra deficiencia que se advierte es que no hay una fórmula legal expresa que deje aclarado que la transferencia consensual es una transferencia limitada y subordinada en caso de su colisión con derechos inscritos, como sí establecen sus pares consensualistas o inclusive los sistemas que abrazan la tradición, pues si bien el Código Civil peruano ha instaurado la inoponibilidad registral en el primer párrafo del Art. 2022, no obstante, constituye una regulación tímida o tibia, pues no hay una disposición que como en los otros ordenamientos enfatice que la transferencia consensual es incapaz de subvertir la transferencia incompatible que goza de inscripción registral por más que esta sea de fecha posterior.

A causa de la falta de una fórmula legal que establezca el carácter limitado de la adquisición meramente consensual no hay una clara comprensión de la relación entre aquella regla y las reglas establecidas en el ámbito del sistema registral, especialmente cuando surgen conflictos o disputa de titularidades inmobiliarias. Pues en principio conciben a la transferencia consensual como absoluta y con aptitud para subvertir inclusive una adquisición incompatible posterior, pero con inscripción prioritaria a aquella. Ese desvarío en los operadores es una extensión de una idea arraigada que “quien ha comprado es el titular definitivo y absoluto”, pero esa concepción es inexacta pues el sistema de asignación de inmuebles, especialmente cuando hay conflictos con otros adquirentes, está sujeta a ciertos criterios y factores, como la inoponibilidad y, especialmente la buena fe. Como se ha advertido en el derecho comparado, aún cuando el sistema de transferencia es consensual está complementado por registros públicos de manera que la adquisición consensual pese a ser anterior en el tiempo será vencida frente a un derecho que haya sido inscrito de buena fe, es decir, en el derecho contemporáneo la transferencia consensual no puede ser entendido al margen del sistema de oponibilidad registral, simplemente son inseparables, además, la regla es que en una eventual colisión entre adquisición consensual y adquisición inscrita prevalece la segunda, con la única salvedad que la adquisición inscrita estaría maculada de mala fe, si no fuera así, la inscripción registral carecería de sentido y se convertiría en mero elemento decorativo en el iter transmisivo. Los jueces peruanos se niegan a entender que a pesar del sistema consensual la inscripción registral tiene un rol sustantivo y definitorio.

CUARTO. La legislación comparada se decanta por la publicidad registral como elemento definitivo en la seguridad jurídica de la transferencia inmobiliaria, inclusive las legislaciones que adoptan el sistema de la traditio o el sistema consensual. En buena cuenta todos siguen la lógica que “lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito” (García, 2005, T.II, p.29), así la respuesta de los sistemas de transferencia consensualistas del derecho comparado como el sistema italiano (Art. 2644 del Codice), el sistema portugués (Art. 5 de Decreto Lei N° 224/84), el propio sistema francés, ni qué decir de los códigos consensualistas del ámbito latinoamericano (Art. 1924 del C.C. paraguayo, Art. 1538.1 del C.C. boliviano, Art. 1129 del C.C. guatemalteco y el Art. 1924 del C.C. venezolano) establecen que la primera transferencia no inscrita no es oponible a la segunda transferencia o al gravamen constituido a favor del tercero, es decir, la transferencia consensual no es una regla absoluta sino subordinada a los criterios registrales que harán prevalecer al tercero que adquirió de buena fe.

RECOMENDACIONES:

1. Mientras no se hagan reformas intermedias o avanzadas al sistema de transferencia inmobiliario, es necesario que se celebre un acuerdo plenario de jueces supremos que aborde la problemática del sistema de transferencia inmobiliaria, especialmente un pleno que haga pedagogía sobre la necesidad de que todos los jueces de la república que atienden casos de disputa de inmuebles, resuelvan tales conflictos bajo una perspectiva sistemática, es decir, considerando que el Art. 949° no es un dispositivo aislado, mucho menos absoluto, que por lo contrario, tengan en cuenta que aquel coexiste con el Art. 1135° y el Art. 2022° del Código Civil; es decir, un pleno jurisdiccional supremo que haga comprender que la transferencia consensual no es una regla absoluta, sino que esta es eficaz en tanto no emerja la situación de oponibilidad registral de quien haya adquirido e inscrito de buena fe.
2. La fórmula plenaria debe establecer que: en todos los procesos judiciales civiles en los que se aborde una disputa del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles debe resolverse armonizando los Arts. 949°, 1135°, 2013°, 2014° y especialmente el Art. 2022° del Código Civil, privilegiando a quien detenta la inscripción registral y/o posesión, pero especialmente, la buena fe de los adquirentes.
3. Como se ha referido ampliamente, emprender una reforma del sistema de transferencia es urgente, en ese contexto se propone una modificación al Código Civil en tres grados: **en grado óptimo**, que se instituya un sistema de transferencia que tenga como elemento de cierre al sistema registral constitutivo causalista partiendo desde la diferencia entre bienes registrados y no registrados; **en grado intermedio** que se instaure el sistema de la *tradio* en su versión auténtica, antecedida por título causal que conste en escritura pública y complementada por un sistema registral de inoponibilidad registral y; una **reforma en grado mínimo**, por el cual si se conserva el sistema consensual se introduzca la exigencia de escritura pública para todos los actos de enajenación inmobiliaria y la cláusula de eficacia relativa respecto a terceros de buena fe con

derecho inscrito. Con las siguientes fórmulas legales, cuyos textos agregados son las que se encuentran subrayadas.

- (i) Propuesta normativa de grado óptimo – inscripción registral constitutiva causalista respecto a predios inmatriculados y tradición respecto a los predios carentes de inscripción registral:

Modificación a los Artículos 143º, 949º, 1135º y 2022º del Código Civil

Art. 143º “*Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.*

Todo acto jurídico cuyo objeto sea la constitución, modificación, extinción o transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles debe celebrarse por instrumento público e inscripción registral —si estuviera inmatriculado—, bajo sanción de nulidad”

Art. 949º “*La transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles inmatriculados opera con la inscripción del acto jurídico de enajenación en el registro de predios. Antes de la inscripción del título trasmisivo, el alienante ha de continuar como el titular del inmueble y el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.*

La transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles sin inscripción registral opera a través de la tradición material —que otorguen un poder de hecho sobre la cosa— certificada por notario —o juez de paz en los lugares donde no hubiera notario—, precedida de un acto jurídico de enajenación. Antes de la tradición certificada, el alienante ha de continuar como el titular del inmueble y el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.

Para que opere la transferencia por tradición se exigen los siguientes requisitos:

1º.- Que la tradición se haga por el propietario o por quien ostente facultades para enajenar.

2°.- Que la tradición esté precedida de título causal válido para transferir el dominio y que conste en instrumento público.

3°.- En los contratos de transferencia a título oneroso, además, se requiere que el adquirente haya pagado el precio, constituido hipoteca, o haya acordado con el enajenante diferir el plazo para el pago.

4°.- En ninguna circunstancia la sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa suplirá la tradición material, bajo sanción de nulidad y responsabilidad del juez de paz o notario quien certifica.

La tradición cuyo título no ha sido inscrito previamente carecerá de efectos contra el tercero de buena fe que haya obtenido inscripción prioritaria aún cuando el título de este sea de fecha sea posterior”.

Art. 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 y, además, ha recibido la posesión, en su defecto, a quien inscribió primero de buena fe, sólo en defecto de la inscripción, al acreedor de buena fe con instrumento público a quien el deudor entregó la posesión”

Art. 2022° “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debidamente inscritos en el Registro de Predios, no perjudican a tercero registral, salvo que se pruebe su mala fe.

La mera circunstancia que el acto jurídico no inscrito es de fecha anterior al acto jurídico inscrito no constituye causal de nulidad por sí misma de esta última, salvo que se acredite que el adquirente con derecho inscrito conocía de la existencia del primer acto enajenatorio”

- (ii) Propuesta normativa de grado intermedio: tradición complementada con inscripción registral declarativa que proteja al tercero de buena fe.

Modificaciones a los Artículos 143°, 949°, 1135°, 2022° del Código Civil

Art. 143º “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Todo acto jurídico cuyo objeto sea la constitución, modificación, extinción o transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles debe celebrarse por instrumento público, bajo sanción de nulidad”

Art. 949º “La transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles opera a través de la tradición material —que otorgue un poder de hecho sobre la cosa— certificada por notario —o juez de paz en los lugares donde no hubiera notario—, precedida de un acto jurídico de enajenación. Antes de la inscripción del título trasmitivo, el alienante ha de continuar como el titular del inmueble y el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.

Para que opere la transferencia por tradición se exigen los siguientes requisitos:

1º.- Que la tradición se haga por el propietario o por quien ostente facultades para enajenar.

2º.- Que la tradición esté precedida de título causal válido para transferir el dominio y que conste en instrumento público.

3º.- En los contratos de transferencia a título oneroso, además, se requiere que el adquirente haya pagado el precio, constituido hipoteca, u obtenido plazo para el pago.

4º.- En ninguna circunstancia la sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa suplirá la traditio material, bajo sanción de nulidad y responsabilidad del juez de paz o notario quien certifica.

La traditio cuyo título no ha sido inscrito carecerá de efectos contra el tercero de buena fe que haya obtenido inscripción prioritaria aún cuando el título de este sea de fecha sea posterior al de quien recibió la traditio”.

Art. 1135º “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 y, además, ha recibido la posesión, en su defecto, a quien inscribió primero de buena fe, sólo en defecto de la inscripción, al acreedor de buena fe con instrumento público a quien el deudor entregó la posesión”.

Art. 2022° “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debidamente inscritos en el Registro de Predios, no perjudican a tercero registral, salvo que se pruebe su mala fe.

La circunstancia que el acto jurídico no inscrito es de fecha anterior al acto jurídico inscrito no constituye causal de nulidad por sí misma de esta última, salvo que se acredite que el adquirente con derecho inscrito conocía de la existencia del primer acto enajenatorio”

- (iii) Reforma de mínimo grado: incorporación de instrumento público como formalidad *ad solemnitaten*, cláusula expresa de ineficacia de la transferencia consensual contra el tercero de buena fe

Modificaciones a los Artículos 143°, 949°, 1135°, 2022° del Código Civil

Art. 143° “*Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.*

Todo acto jurídico cuyo objeto sea la constitución, modificación, extinción o transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles debe celebrarse por instrumento público, bajo sanción de nulidad”.

Art. 949° “*En los actos jurídicos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de un inmueble determinado, la transferencia opera por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, salvo el requisito de forma prevista en el segundo párrafo del Art. 143. Sin embargo, el acto jurídico cuyo título no ha sido inscrito carecerá de efectos contra el tercero de buena fe que haya obtenido inscripción prioritaria aún cuando el título de este sea de fecha posterior*”.

Art. 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 y, además, ha recibido la posesión, en su defecto, a quien inscribió primero de buena fe, sólo en defecto de la inscripción, al acreedor de buena fe con instrumento público a quien el deudor entregó la posesión".

Art. 2022º "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debidamente inscritos en el Registro de Predios, no perjudican a tercero registral, salvo que se pruebe su mala fe.

La circunstancia que el acto jurídico no inscrito es de fecha anterior al acto jurídico inscrito no constituye causal de nulidad por sí misma de esta última, salvo que se acredite que el adquirente con derecho inscrito conocía de la existencia del primer acto enajenatorio".

4. Mientras no se instaure el sistema registral constitutivo a plenitud, debe crearse una base de datos virtual o informatizado en sitio web denominado *índice notarial unificado de actos de constitución de derechos reales inmobiliarios* (INUADRI) bajo competencia de la secretaría técnica del Consejo del Notariado en el que obligatoriamente los notarios registren todos los actos protocolares y extraprotocolares referidos a constitución, modificación, transferencia y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, para cuyo propósito es preciso incorporar una disposición complementaria al Decreto Legislativo del Notariado N° 1049:

Propuesta legislativa:

"Décimo séptima disposición complementaria:

Créase el índice notarial unificado de actos de constitución de derechos reales inmobiliarios (INUADRI) bajo administración y competencia del Consejo del Notariado en el que obligatoriamente los notarios registrarán todos los actos protocolares y extraprotocolares referidos a constitución, modificación, transferencia y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, que luego permita la consulta por nombre y documento de identidad o registro único de contribuyentes (en caso de personas jurídicas) de los sujetos intervinientes y la identificación del inmueble".

5. Para la implementación del sistema registral constitutivo causalista y en tanto es necesario también recabar información comparada que no se agote sólo en el ámbito jurídico, se sugiere que el gobierno conjuntamente con el parlamento conformen una comisión multidisciplinaria conformada por ingenieros especialistas en cartografía, sociólogos, economistas y juristas que visiten a los países vecinos especialmente Chile, Brasil y Colombia (quienes detentan el sistema registral constitutivo) para consolidar información multidisciplinaria acerca de las bases sociológicas, cartográficas y económicas en los que se asientan la gestión del sistema de transferencia inmobiliario de aquellos países y puedan traer esa experiencia que permita perfeccionar nuestro sistema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y SITIOS WEB:

1. Abramovic, Sima (2018). *Mixture of legal identities: Case of the Dutch (1838) and the Serbian Civil Code (1844)*. En: Annals FLB – Belgrade Law Review, Year LXVI, No. 4
https://www.researchgate.net/publication/330121331_Mixture_of_legal_identities_Case_of_the_Dutch_1838_and_the_Serbian_Civil_Code_1844
 (17/12/2020).
2. Adame, Jorge (1998). *Filosofía Social para Juristas*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Mc Grau Hill – Serie Jurídica N° 92. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10854> (20/03/2019)
3. Acuerdan que segundo contrato de compraventa de inmueble por un mismo vendedor a otro comprador es nulo (noviembre 30, 2020). *Justicia TV – Poder Judicial del Perú*. Recuperado desde <https://justiciatv.pj.gob.pe/acuerdan-que-segundo-contrato-de-compraventa-de-inmueble-por-un-mismo-vendedor-a-otro-comprador-es-nulo/> (30/10/2021)
4. Ajani, Gian María (2010). *Sistemas Jurídicos Comparados*. Gregorachi, Beatriz (trad.); Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona.
5. Alarco, German; Castillo, César y Leiva, Favio. (2019). *Riqueza y desigualdad en el Perú: Visión panorámica*. Perú; Oxfam América Inc. Recuperado de https://oi-files-cng-prod.s3.amazonaws.com/peru.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/Riqueza-y-desigualdad-en-el-Peru-vision-panoramica.pdf (26/04/2021)
6. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* (JGS Nr. 946/1811). Ley federal consolidada: Disposición legal completa para el Código Civil General, versión de 21.08.2021. Rechtsinformationssystem Des Bundes. Recuperado desde <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (15/12/2020)
7. Alí Jafella, Sara (2002). Aperturas hacia un retorno al pensamiento filosófico y pedagógico de Dilthey; en: *Revista de Filosofía y Teoría Política - Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 34. Disponible también en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.149/pr.149.pdf (12.03.2019)

8. Álvarez Caperochipi, José Antonio (1986). *Curso de Derechos Reales*; Tomo I. Madrid, Editorial Civitas.
9. Álvarez Caperochipi, José Antonio (2006). *Derecho inmobiliario registral*. Granada, Comares.
10. Álvarez Correa, Lily (2014). *Catastro de Propiedad en Chile: Orígenes y Evolución*. [Tesis Doctoral ante la Universidad de Barcelona]. Recuperado del Repositorio Institucional de la Universidad de Barcelona http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/55186/1/LAC_TESIS.pdf (20/09/2021).
11. Amunátegui Reyes, Miguel Luís (1885). *Don Andrés Bello y el Código Civil*. Santiago de Chile, Imprenta Cervantes. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/20715/1/180469.pdf> (31/01/2021)
12. Amunátegui Perelló, Carlos y Carvajal, Patricio (2016). Hacia una protohistoria del comercio en el creciente fértil y su interconexión con el Derecho. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección derechos de la antigüedad salvo el romano] XXXVIII, Chile. pp. 37-45. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/1738/173847571001.pdf> (02/01/2020)
13. Andruet, Armando (2020). *Código Civil y Legislación Complementaria*. BOES, España. En https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria.pdf (01/12/2020)
14. Andruet, Armando S. (1996). Crítica filosófica a la Teoría del Derecho Comparado. En: *Anuario de Derecho Civil, Ministerio de Justicia* (Ed.), Vol. 49, No. 03. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=AN_U-C-1996-30113301146 (12/04/2020)
15. Atienza, Manuel (2015). La Dogmática Jurídica como Tecno-Praxis. En: *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México; pp. 189 – 196. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/10.pdf> (20/03/2019)
16. Asamblea Nacional Constituyente de Honduras (19 de enero de 1906). Código Civil, Decreto No. 76. De

- https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=civil_codes (28/01/2021)
17. Asamblea Nacional de Panamá (agosto 22, 2016). Código Civil de la República de Panamá. *Gaceta Oficial, Año XIII, N° 2404*. Recuperado de https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/02404_1916.pdf (10/03.2021)
 18. Barbosa Pereira Matos, Ana Carolina (2017). *Direito Civil IV*. Rio de Janeiro, Estácio.
 19. Barrientos Grandon, Javier (2003). De la "tradición" y su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670. *Revista chilena de derecho privado*, ISSN 0718-0233, N°. 1, 2003. Recuperado desde <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2572111.pdf> (04.02.2021)
 20. Belarus Council of Republic (november 19, 1998). Civil Code of The Republic of Belarus. *Law No.218-Z – 1998*. Disponible en: <https://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/belarcc.pdf> (28/12/2020)
 21. Beltran Pacheco, Jorge Alberto (2001). *La Posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de Magíster en Derecho Civil; PUCP]. Repositorio Institucional PUCP. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1095/beltran_pacheco_jorge_alberto_posibilidad_sistema.pdf?sequence=1 (10.02.2019)
 22. Berman, Harold J (1996). *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Fondo de Cultura Económica, México; 1996.
 23. Bernal, Beatriz (2010). *Historia del Derecho*. México, UNAM. En <https://justiciaramuridotorg.files.wordpress.com/2017/01/hist-del-derecho-b-bernal-gomez.pdf> (20/02/2020)
 24. Bernasconi Ramírez, Andrés (2007). El Carácter Científico de la Dogmática Jurídica. *Rev. Derecho* (Valdivia), Vol. 20, N° 1, pp 9-37 [2019-03-31]. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>. (20/02/2020)
 25. BGB (2003). *Gaceta de Leyes Federales* I p. 42, 2909; 2003 I, p. 738. Recuperado desde <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (12/09/2021)
 26. BGBB - BG (vom 4. Oktober 1991). *Über das Bäuerliche Bodenrecht (BGBB)* (gesetze.ch). Asamblea Federal de la Confederación Suiza. Recuperado de <https://www.gesetze.ch/srm/211.412.11/index.htm> (22/12/2020)

27. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (enero 31 de 2021). *Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil*. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (30/05/2000). Ministerio de Justicia. Desde: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> (02/02/2021).
28. Bolshakova, Daría (2012). *Registro de derechos y catastro estatal de bienes raíces en Rusia*. En: *FIG-OICRF*. Recuperado de https://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/fig2012/papers/ss03d/SS03D_bolshakova_6180.pdf (03/01/2021)
29. Bonfante, Pietro (1944). *Historia del Derecho Romano*. Tomo I y II. Santa Cruz, José (Trad.); Madrid, Revista de Derecho Privado.
30. Buckland W. y McNair, K.C. (1994). *Derecho Romano y Common Law*. Cremades, I. (trad); Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid.
31. Bullard, Alfredo (2019). *Análisis Económico del Derecho*. Lima, Perú, Fondo Editorial de la PUCP.
32. Calderón Cockburn, Julio (2019). El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD* (3), 45-64. Recuperado de <https://doi.org/10.31381/pluriversidad.v3i3.2234> (26/04/2021)
33. Cámara de Representantes de Puerto Rico (1930). Código Civil de 1930. *Lex Juris*. Recuperado de <http://www.lexjuris.com/lexcodigo.htm> (22/01/2021)
34. Cámara de Representantes de Puerto Rico (08/12/2015). Registro Inmobiliario Digital del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley N° 210-2015. *Departamento de Justicia del Gobierno de Puerto Rico*. Recuperado de <http://www.justicia.pr.gov/wp-content/uploads/2016/01/ley-210-08-Dic-2015.pdf> (22/01/2020)
35. Cámara de Representantes de Puerto Rico (enero 01 de 2020). Código Civil de Puerto Rico, Ley N° 55-2020. *Lex Juris*. Recuperado de <http://www.lexjuris.com/LexLex/Leyes2020/lexl2020055.htm> (22/01/2020)
36. Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2020) “¿Se Justifica la Sustitución del Código Civil?” En, Pájaro, Nicolas *et al* (Ed.) *observaciones al “proyecto de Código Civil de Colombia: Reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio”* (pp. 10-16), Bogotá, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario. Recuperado de <https://www.urosario.edu.co/Documentos/Facultad-de->

[Jurisprudencia/Observatorio-legislativo/2020/Comentarios-de-la-Universidad-del-Rosario-al-Proye.pdf](#) (27/02/2021)

37. Carrillo de la Rosa, Yezid (2010). *Cientificidad y racionalidad de la ciencia jurídica*. Cartagena, Editorial Universitaria de la Universidad de Cartagena.
38. Castillo Freire, Mario (1998). *Tentaciones académicas, la reforma del Código Civil Peruano de 1984 T. I*. Perú, PUCP.
39. Castillo Freyre, Mario (2007). *La Transferencia de propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica*. Lima, Palestra Editores S.A.C.
40. Castillo Freire, Mario (2007). *La transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*. Perú, Palestra Editores SAC.
41. Castillo Freire, Mario (2012). *La Transferencia de Propiedad en el Perú*; Derechos Reales; Observatorio del Derecho Civil; Año 2º, Volumen 15; Lima, Motivensa, pp. 21 a 44.
42. Castillo Freire, Mario (2012). *Transferencia de propiedad, concurrencia de acreedores y Registros Públicos*. Observatorio de Derecho Civil – Vol. 15. Derechos reales. Perú, Motivensa Editora jurídica.
43. Cooke Gutteridge, Harold (2018). *El Derecho Comparado*. Agurto Carlos y otros (Ed.); Argentina, Ediciones Olejnik.
44. Chambi Ari, Alcides Raúl (2017). *Necesidad de proponer el Carácter Obligacional y Traslativo en la Transferencia de Bienes Inmuebles en los Contratos de Compra - Venta Inmobiliaria en el Perú* [Tesis de Doctor en Derecho, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez]. Repositorio Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Recuperado de http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1738/T036_02427714.pdf?sequence=1&isAllowed=y (12.02.2019)
45. Chanduví Urcia, Daphne Beatriz (2017). *Consensualismo de los Contratos de Compraventa de bienes Inmuebles vs Seguridad Jurídica*. [Tesis para optar el Título de Abogada, Universidad Privada del Norte] Repositorio de la Universidad Privada del Norte. Recuperado de <http://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/10610/Chanduv%C3%AD%20Urcia%20Daphne%20Beatriz.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (12.02.2019)
46. Che Esquerre, Luis José (2016). *La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio Universidad Privada Antenor Orrego. Disponible en http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/2253/1/re_der_luis.che_seguri

- dad.juridica.del.propietario.de%20un.sistema.dual_datos_t046_72216635t.pdf
(12.02.2019)
47. Chico y Ortiz, José María (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I. Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
 48. Ching-Lin, Hsia (1930). *Civil Code of the Republic of China*. Kelly & Walsh, Limited, Hong Kong – Singapore. Recuperado de https://ia600503.us.archive.org/24/items/civilcodeofrepub00chin/civilcodeofrepub00chin_bw.pdf (13/03/2021).
 49. CIJ del Poder Judicial del Perú (2020). *Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*. Unidad de plenos jurisdiccionales y capacitación.
 50. Código Civil de la República Dominicana (01/10/2021). *AbogaDom*. Disponible en: <http://abogadom.net/download/codigo-civil-de-la-republica-dominicana/> (09/01/2021)
 51. Código Civil de la República Dominicana (agosto 2007). *Wipo* <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do055es.pdf> (09/01/2021)
 52. Código Civil de la República de Panamá (2009). Órgano Judicial de Panamá. Recuperado de https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CIVIL/codigo_civil.pdf (10/03/2021)
 53. Código Civil del Ecuador al 08.07.2019. *Lexis*. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/151iS_AFztYW55EWmMC91wI02PVyVFz1T/view (02.03.2021)
 54. Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (2011). *En Informe Final*. Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/\\$FILE/ATTJDK8N.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/$FILE/ATTJDK8N.pdf) (21/04/2021)
 55. Congreso Constituyente del Perú (1936). *Código Civil del Perú*, Ley N°. 8305. Congreso de la República del Perú. Recuperado de <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006679/index.html> (01/04.2021)
 56. Congreso de la Nación Paraguaya (18/12/1985). Código Civil. Ley N° 1183. BACN (16/07/2017). /Recuperado de <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil> (07/01/2020) y de *Red Iberoamericana de*

Cooperación

Jurídica

Internacional.

https://iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_paraguay.pdf (07/01/2021)

57. Congreso de la República del Perú (26/03/2012). *Informe de Sistematización Temática N° 17/2011-2012*. El Sistema Registral Constitutivo: Características, antecedentes, legislación comparada y estudios sobre su aplicación en la institución registral peruana. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/dgp/ciae.nsf/vf02web/49E1B608AE779973052579DB0057AE75/\\$FILE/INFSISTEM17.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/dgp/ciae.nsf/vf02web/49E1B608AE779973052579DB0057AE75/$FILE/INFSISTEM17.pdf) (12.02.2019)
58. Congreso de la República del Perú (2014). *Proyecto de Ley 4556/2014-CR*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/regtodos/155f539934f7991105257fab00759c71/\\$file/original_predictamen_4556_transferencia_propiedad_inmueble.1.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/regtodos/155f539934f7991105257fab00759c71/$file/original_predictamen_4556_transferencia_propiedad_inmueble.1.pdf) (12.02.2019)
59. Congreso de la República del Perú (2014). *Acuerdo del Consejo Directivo N° 19-2016-2017/CONSEJO-CR*. Ficha de Seguimiento, "Proyecto de Ley 04556/2014-CR". Recuperado desde: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/15252c0a532b29a3052583850063b2c7?OpenDocument> (12.02.2019)
60. Congreso de la República de Venezuela (26/07/1982). Código Civil de Venezuela. *Gaceta N° 2990*. *Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional*. Recuperado de: https://iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_venezuela.pdf (06/01/2021)
61. Congreso Nacional de la República de Ecuador (2005, junio 24). Código Civil del Ecuador actualizada al 30.12.2020. *DerechoEcuador*. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/codigo-civil/> (02.03.2021)
62. Congreso Nacional de la República de Chile (diciembre 14 de 1855). *Código Civil de la República de Chile*. Santiago de Chile, Imprenta Nacional (mayo 31 de 1856). https://books.google.cl/books?id=jIYZAQAAMAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&hl=es#v=onepage&q&f=false (31/01/2021)
63. Congreso Nacional de la República Dominicana (julio, 01 de 1920). *Ley N° 1542 de Registro de Tierras*. O.E. No.511, Poder Judicial-Registro Inmobiliario, recuperado de https://ri.gob.do/wp-content/uploads/Marco_Legal/Leyes/Ley_1542.pdf (10/09/2021)

64. Congreso Popular Nacional de la República de China (junio, 01 de 2020). *Código Civil de la República Popular de China*. Ministerio de Justicia de la República Popular de China. Recuperado de http://www.moj.gov.cn/Department/content/2020-06/01/592_3249871.html (12/03/2021)
65. Consultor Jurídico (2021). *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/> (03/09/2021)
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos (31/08/2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 179. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (01/08/2021).
67. Corte Interamericana de Derechos Humanos (06/02/2001). *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú* (Reparaciones y Costas); Serie C. No. 74. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf (01/08/2021).
68. Corte Suprema de Justicia de Paraguay (1997). *Código de Organización Judicial, Ley N° 879/81*. Paraguay; Centro Internacional de Estudios Judiciales. Recuperado de https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Codigo_de_Organizacion_Judicial.pdf (14/09/2021)
69. Cristóbal, Angel (1965-1966). Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano. *Revista de Derecho de la Universidad Católica Andres Bello N° 2, Caracas*. Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/2/UCAB_1965-1966_2_36-56.pdf (05/01/2021)
70. Cuenca, Matilde (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los Derechos Reales*. Barcelona, Bosch.
71. David, René y Jauffret-Spinosi, Camile (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Sanchez, Jorge (Trad.) México, UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey.
72. De Eizaguirre, José María (2012). Civil law: la vigencia de una categoría convencional. En: *JADC*, tomo LXV, 2012, fasc. II. En <https://ojsspdc.ulpgc.es/ojs/index.php/LFE/article/view/205/187> (04/02/2020)
73. De Savigny, M. F. C. (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo I. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.

74. De Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo II. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.
75. De Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo III. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.
76. De Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo IV. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.
77. De Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo V. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.
78. De Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*; Tomo VI. Guenoux, M. Ch. (Trad). Madrid, Góngora y Compañía Editores.
79. De Soto, Hernando (1989). *El Otro Sendero*. Lima, ILD.
80. De Souza, Florisbal (2004). Augusto Texeira de Freitas. El protojurista de Mercosur. *Cuadernos de Programa de Postgraduación en Derecho UFRGS*, Vol. 2 N° 4. Recuperado de <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49186/30821> (04.03.2021)
81. Dietrich, Ingrid y Canó Roldan, Julio (2019). Responsabilidad Civil: apuntes sobre el proceso de reforma. *Gaceta Judicial*, Año 23, N° 383. En http://www.jcpdr.com/uploads/cgblog/id131/Responsabilidad_Civil_-_Apuntes_sobre_el_proceso_de_reforma.pdf (09/01/2021)
82. Diez-Picazo, Luís (1966). La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 19, Número 3, España, BOE. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/138622> (19/09/2020)
83. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1997). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Madrid, Tecnos.
84. Diez Picazo, Luís y Gullón, Antonio (1997). *Sistema de Derecho Civil*; Volumen III; Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Madrid, Tecnos.
85. Dilthey, Wilhem (1949). *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. México. Fondo de Cultura Económica. Recuperado <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2018/02/dilthey-wilhelm-introduccion-a-las-ciencias-del-espiritu-1883.pdf> (20/03/2019)
86. Drobnig, Ulrick (2009). *El sistema alemán de transmisión de la propiedad: rasgos básicos y análisis comparado*. En Martínez, Luz J. et al (Coord), Los Sistemas de Transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo. España, Navarra, Civitas.

87. Dubé, Ryan (abril, 2015). Poseer y conservar. En riesgo los títulos de propiedad en Perú. *Land Lines*; recuperado de <https://www.lincolninst.edu/es/publications/articles/poseer-conservar> (27/04/2021)
88. Duch Civil Law (1992). Recuperada de: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm> (18/12/2020)
89. Einstein, Albert (2000). *Mis Creencias*. elaleph.com. Recuperado desde http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/bmn/mis_creencias.pdf (15.03.2019)
90. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (1869, 29 de setiembre). *Ley 340. Código Civil*. InfoLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_sancionley340.htm (10/01/2021)
91. Enneccerus, Ludwig; Wolff, Martín y Raiser, Ludwig (1971). *Tratado de Derecho Civil, III tomo (Derecho de Cosas)*, Volumen primero. Pérez, Blas y Alguer, José (trad.). España, Casa Editorial Bosch, Tercera Edición.
92. Escobar Lino, Maritha (2020). El Tercero Registral de buena fe, STC N° 018-2015-PI/TC. *Gaceta Constitucional*, Tomo 152.
93. Estado Plurinacional de Bolivia (06/08/1975). Código Civil. *Infoleyes*. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Bolivia.pdf y <https://bolivia.infoleyes.com/norma/821/codigo-civil-cc> (06/01/2021)
94. Evitan finalidad ilícita en compraventa de inmuebles (01/12/2020). *El Peruano*. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia/109978-evitan-finalidad-ilicita-en-compraventa-de-inmuebles> (30/10/2021).
95. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (2020). *Proyecto de reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio*. Ministerio de Justicia y Derechos de Colombia. Recuperado de [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Proyectos Decreto Agenda Regulatoria MJD/CodigoCivilColombia/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital%20\(1\).pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Proyectos Decreto Agenda Regulatoria MJD/CodigoCivilColombia/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital%20(1).pdf) (27/02/2021)
96. Fail, Xu (2000). *La tradición del Derecho Civil en China y su desarrollo futuro*. REVISTA VERBA Iustitiae. Revista de la Facultad de Derecho de Morón. Nro. 10. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf000090-diyu-tradicion_derecho_civil_en.htm?bsrc=ci (11/03/2021)

97. Federación Rusa (2015). *Ley Federal Rusa acerca del Registro Estatal de Bienes Raíces*. CIS-Legislation. Recuperado de <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=77202> (02/01/2021)
98. Feenstra, Robert (1975). Grocio y el Derecho privado europeo. Barrero, A. (Trad.) En: *Anuario de historia del derecho español*; N° 45, p. 606 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1251629.pdf> (25/06/2020)
99. Ferrajoli, Luigi (2013). Poderes salvajes. *La Crisis de la Democracia Constitucional*. Perfecto Andrés Ibáñez (trad); Madrid, Minima Trotta.
100. Ferrante, Alfredo (2021). Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*; No. 14; pp. 168-207.
101. Ferreira, Carlos y Morais, Jorge (2018). *Introducción al Derecho Comparado*. Cuenca, Francisco (Trad.), Agurto, Carlos y et.all. (Ed.), Santiago de Chile, Olejnik.
102. Flores A., Eva (2016). Jurisprudencia de Conceptos. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. I: Derecho Romano. Historia del derecho México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjy/libros/4/1855/16.pdf> (31.03.2019)
103. Flume, Werner (1998). *El Negocio Jurídico*. Miquel, José y Gómez, Esther (Trad.). Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
104. Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius Et Veritas*, 4(7), 77-87. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15396> (09/12/2020)
105. Fortunat, Jakob (2016). La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho privado europeo (DCFR y CESL). En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n26/art06.pdf> (21/09/2020)
106. Gadamer, Hans-George (1993). *Verdad y Método I*. Agud Aparicio Ana y De Agapito Rafael (Trad). Salamanca, Ediciones Sígueme.
107. García, J. (2005). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. España, Civitas.
108. Gaete, Sergio (1992). *La Tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil Chileno*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649807.pdf> (31/01/2021)
109. Galgano, Francesco (2000). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Fernandez, Juan y Verde Rafael (Trad.). Madrid, Fondo Cultural del Notariado.

110. Gobierno de Italia (1942, 4 de abril). R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Il Codice Civile Italiano; *Edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale*, n. 79. Recuperado de <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> (09/12/2020)
111. Gobierno de Portugal (1966, 25 de noviembre). *Decreto-Lei n.º 47344. Código civil do Portugal*. Diário do Governo n.º 274/1966. Disponible en <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view> (08/12/2020)
112. Gobierno de Portugal (1984, 07 de junio). Decreto-Lei n.º 224/84. Código do Registro *Predial*. Diário da República n.º 155/1984, 1º Suplemento. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34544675/view> (08/12/2020)
113. Gobierno Nacional de los Estados Unidos de Colombia (1873, mayo 26). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. *Diario Oficial*, Año IX, N° 2867. Localizado en <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111> (22/02/2021)
114. Gonzáles Barrón, Gunther Hernán (2005). *Derechos Reales*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L.
115. Gonzales Barrón, Gunther (2007). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Perú, Jurista Editores.
116. Gonzales Barrón, Gunther (2015). *La Falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad*. Lima, Gaceta Jurídica.
117. Gonzales Loli, Jorge Luis y Luque Razuri, Carlos (2020). La fe pública registral y la STC N° 018-2015-PI/TC, un enfoque constitucional y registral. *Gaceta Constitucional*, Tomo 152.
118. Gonzales y Martínez, Jerónimo (1924). *Estudios de Derecho Hipotecario*. Madrid; Imprenta de Estanislao Maestre.
119. Gordillo Cañas, Antonio (2004). El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 57, N° 2, 2004; pp. 381-548 Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1065347.pdf> (06/05/2021).
120. Gordillo Cañas, Antonio (2006). El principio de fe pública registral (I). *Anuario de Derecho Civil*; España, BOES. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-20050900656 (15/05/2021)
121. Gordillo Cañas, Antonio (2008). El principio de fe pública registral II. *Anuario de Derecho Civil*; tomo LXI Fascículo 3, pp. 1057 a 1216. Recuperado desde

- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-30105701216 (10/07/2021)
122. Grossi, Paolo (2010). *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. García, Rafael (Trad.), España, Thomson Reuters -Aranzadi (legal).
 123. Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil RM N° 0300-2016-JUS y modificatorias (2020). Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil Peruano; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Pág. 108. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adeuada.pdf (21/04/2021)
 124. Gustavo, Hugo (1850). *Historia del Derecho Romano*. Casado, Manuel. (Trad.); Madrid, R.R.R. De Rivera (Ed.).
 125. Guzmán, Alejandro (2006). *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*. España, Editorial Aranzadi.
 126. Guzmán Brito, Alejandro (2015). La tradición como modo de adquirir el dominio en el derecho romano en el común y en el Iusnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América española. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 N° 1, recuperado desde <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124192.pdf> (01/12/2020)
 127. Guzmán Brito, Alejandro. (2001). El tradicionalismo del Código Civil Peruano 1852. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (23), 547-565. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300016> (14/03/2021).
 128. Habermas, Jurgen (2002). *Verdad y Justificación*. Fabra Pere (Trad.) Madrid, Trotta.
 129. Harari, Yuval (2014). De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad. Ros, Joandomènec (Trad.), Lima, Debate, p. 223.
 130. Hedemann, J. (1995). *Derechos Reales; Vol. II*. Diez, José Luis y González, Manuel (trad.); Madrid, Revista de Derecho Privado.
 131. Hermida, Julian (2020). La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica. *Perspectivas en Psicología - Facultad de Psicología - Universidad Nacional de Mar del Plata*. Vol. 16 - Número 2. (pp. 73-80). Recuperado desde <http://m.rpsico.mdp.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1262/07.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (10/06/2020)
 132. Hernández Sampiere, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar (2003). *Metodología de la Investigación*. México D.F. McGraw-Hill.

133. Hinestroza, Fernando (2005). *El Código Civil de Bello en Colombia*. Revista de Derecho Privado, N° 09. Recuperado desde el sitio: https://www.researchgate.net/publication/45376904_El_Codigo_Civil_de_Bello_en_Colombia (22/02/2021)
134. Homero (1933). *La Odisea relatada a los niños*. Barcelona; Casa Editorial Araluce.
135. Honorable Congreso de la Nación Argentina (08/04/2014). Código Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial, N° 32985, Página: 1. *InfoLEG*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> (26/01/2020)
136. Huidobro, José Manuel (2009). El Dinero. En Manual formativo de ACTA. ISSN 1888-6051, N°. 54, pp. 105 a 112. Recuperado del sitio web. https://www.acta.es/medios/articulos/cultura_y_sociedad/054105.pdf (02/01/2020)
137. Iannello, Pablo (2014). Metodología y derecho comparado en el pensamiento de Bruno Leoni. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N° 60.
138. IMPO (s.f.). *Código Civil de La República del Uruguay*. Ley N° 16.603 (19/10/94). Recuperado de <https://sau.org.uy/content/duf/otros/codigocivil.pdf> (12/01/2021)
139. IMPO (s.f.). *Código Civil, Ley N° 16603*. Centro de Información Oficial. Normativa y Avisos Legales del Uruguay. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994> (12/01/2021)
140. IMPO (s.f.). Ley de Registros Públicos, Ley N° 16871. Centro de Información Oficial. Normativa y Avisos Legales del Uruguay. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16871-1997> (21/08/2021)
141. Infante Cisneros, Wuiliam (2014). *La Transferencia Consensual de la Propiedad Predial en la Legislación Civil Peruana* [Tesis de Maestro en Derecho Civil y Comercial, UNSCH, Ayacucho]. Repositorio de la UNSCH, Ayacucho. Disponible en http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/731/TD%20D25_Inf.pdf?sequence=1&isAllowed=y (10.02.2019)
142. Jossierand, Louis (1950). *Derecho Civil, T. I, Vol. III*. Cunchillos, S. (Trad.); Buenos Aires, Boshch y Cía. Editores.
143. JuriGlobe (s.f.). Distribución geográfica (Atlas). Recuperado de <http://www.juriglobe.ca/esp/>. (25/06/2020).
144. Kaufmann, Arthur (1999). *Filosofía del Derecho*. Montoya, Ana María (trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

145. Kriegel, Herman y Osembrüggem (1897). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo III. Primera Parte, Barcelona. Digesto.
146. Kunkel, Wolfgang (1985). *Historia del Derecho Romano*. Miquel, Juan (Trad.). Barcelona, Ariel.
147. Larenz, Karl (1978). *Derecho Civil*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
148. Lama, Héctor (2020). La protección Constitucional de la fe pública registral. *Gaceta Constitucional*, Tomo 152.
149. Latifi, Juliana (18/04/2016). Albanian Civil Law and the Influence of Foreign Laws. *Law Explorer*. Disponible en: <https://lawexplores.com/albanian-civil-law-and-the-influence-of-foreign-laws/> (26/12/2020)
150. Ley Hipotecaria española nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. *Decreto de 8 de febrero de 1946 «BOE» núm. 58-1946*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1946/BOE-A-1946-2453-consolidado.pdf> (06/05/2021)
151. López Gamarra, Jhefry Jhordan (2017). *El Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica* [Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Andina del Cusco]. Repositorio de la Universidad Andina del Cusco. Recuperado de http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1119/3/Jhefry_Tesis_bachiller_2017.pdf (12.02.2019)
152. López-Medina, Diego (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina, *26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14181/12181> (02/05/2020)
153. Mantilla Pineda, B. (1955). Métodos de la filosofía del derecho. *Estudios De Derecho*, 16(48), 363–381. Recuperado a partir de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/333175> (29/03/2019)
154. Margadant, Guillermo (1997). *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Df. México, Facultad de Derecho de la UNAM.
155. Marí, Enrique (2015). *La Interpretación de la Ley*. Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
156. Mariani, Marina (2004). *Derechos Reales*. Argentina, Zavalía.

157. Martínez, Betty (2011). Nueva perspectiva del Sistema de Derecho Continental en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 2. En el sitio web <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art03.pdf> (25/06/2020)
158. Martínez, Claudia (julio, 07 de 2020). *El derecho civil en la República Popular de China y el impacto de su primer Código Civil*. Enfoque Derecho. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2020/07/07/el-derecho-civil-en-la-republica-popular-de-china-y-el-impacto-de-su-primer-codigo-civil/> (11/03/2021)
159. Martínez Rivillas, Alexander (2019). *Catastro y Propiedad de la Tierra en el Mundo Antiguo*. Colombia, Ibagué; Sello Editorial Universidad del Tolima, 2019. Recuperado de <http://repository.ut.edu.co/bitstream/001/2889/2/Catastro%20y%20Propiedad.pdf> (15/09/2021).
160. Martínez Velencoso, Luz M. (2009). Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria. En Martínez, Luz J. et al (Coord), *Los Sistemas de Transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo* (pp. 53-71). Navarra, España, Civitas.
161. Martínez Velencoso, Luz M. (2009). Los Principales Sistemas de Transmisión de la Propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho Europeo. En Martínez, Luz J. et al (Coord); *Los Sistemas de Transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo* (pp. 73-121). Navarra, España, Civitas.
162. Martínez Peña, Lourdes (2016). *El contrato de compraventa en el Derecho Romano y su evolución histórica* (trabajo de fin de grado). Universidad de Jaen, España. En <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/7602/1/TFG%20-%20MARTINEZ%20PENA%2C%20LOURDES.pdf> (29/07/2020)
163. Mejorada Chauca, Martín (junio, 02 de 2015). *La posesión como protección contra el fraude inmobiliario*. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/blog/prediolegal/2015/06/la-posesion-como-proteccion-contras-el-fraude-inmobiliario.html?ref=gesr> (21/09/2021)
164. Mendoza del Maestro, Gilberto (2015). *La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: adquisición a non domino y oponibilidad de la inscripción*. Anuarios de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la PUCP. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168203> (10/07/2021)
165. Mendoza del Maestro, Gilberto (2016). *Doble venta u oponibilidad*. Derecho PUCP, N° 77, 2016. Recuperado desde

- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/15680/16117/> (12/07/2021)
166. Meneses Gomez, Alberto (2020). El Tribunal Constitucional y el Tercero de buena fe, comentarios a la STC N° 018-2015-PI/TC. *Gaceta Constitucional*, T. 152.
167. Molina Alvarado, Martha Cristina (2012). *Problemas de la Tradición en la compra venta de bienes inmuebles. Análisis en el Derecho Colombiano* [Tesis de maestría Universidad del Norte Colombia]. Repositorio Institucional Universidad del Norte. Recuperado de <https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/5580/109650.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (23/02/2021)
168. Monateri, Pier (2016). *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho Comparado*. Agurto, Carlos y Quequejana, Sonia (Ed.), Lima, Ara Editores.
169. Monje, Diego (2015). *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía*. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.
170. Morales Naranjo, Juan Carlos (2017). *La venta de cosa ajena en Colombia. Un estudio comparado con México sobre la validez y seguridad jurídica*. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14875/1/trabajo%20grado%20aprobado.pdf> (27/02/2021)
171. Morineau, Marta e Iglesias, Román (2000). *Derecho Romano*. México. Oxford University Press.
172. Mousourakis, George (2012). *Fundamentals of Roman Private Law*. Heidelberg, Germany, Springer.
173. Mozeaud, Henry y Mozeaud, Jean (1960). *Lecciones de Derecho Civil; Parte segunda, Vol. IV*. Alcalá-Zamora, Luis (Trad.). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
174. National Center of Legal Information of the Republic of Belarus (2020). Legal system / General information. *Pravo.by*. Recuperado de <http://law.by/legal-system/general-information/> (27/12/2020)
175. Navarro, Ruperto; Joaquín, Rafael; y Álvaro, José (1842). *Curso Completo, elemental de Derecho Romano*. T. II; Madrid; Imprenta del Colegio Sordo Mudos.
176. Navarro, Ruperto; Joaquín, Rafael; y Álvaro, José (1842). *Curso Completo, elemental de Derecho Romano*. T. III; Madrid; Imprenta del Colegio Sordo Mudos.
177. Ninamanco Córdova, Fort (2015). La metamorfosis incoherente (¿E inconstitucional?) del principio de fe pública registral. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 23.

178. Ninamanco Cordova, Fort (2020). ¿Dos caras de la fe pública registral?. *Actualidad Civil & Procesal Civil*. N° 86.
179. Novoa, Felix (05/01/2018). *La Reforma al Código Civil. El Nuevo Diario*. Disponible en: <https://elnuevodiario.com.do/la-reforma-al-codigo-civil/> (09/01/2021)
180. Ourliac, Paul y De Malafosse, J. (1960). *Derecho Romano y Francés Histórico*. Tomo I. Fairen, Manuel (Trad.); España, Bosch.
181. Ortiz Caballero, René (1991). Derecho Comparado, más allá de la teoría o del método: una alternativa. *En Thémis* N° 18, Lima.
182. Orts, María (2000 y 2001). El Sistema Legal Inglés y su Hermenéutica: La Importancia del Lenguaje en el Derecho Anglosajón. En: *Revista de Lenguas para Fines Específicos*, N° 7 y 8. En el sitio <https://ojsspd.c.ulpgc.es/ojs/index.php/LFE/article/view/205/187> (01/02/2020)
183. Oviedo-Albán, Jorge (2009). Reseña de "Vida y obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista" de Alejandro Guzmán Brito. *Dikaion*, 23(18), 351-355. ISSN: 0120-8942. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=720/72012329015> (31/01/2021)
184. Padilla, Rodrigo (2015). El régimen registral en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Teoría del título y modo. Inscripción registral). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado desde: <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/24/el-regimen-registral-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-argentina-teoria-del-titulo-y-modo-inscripcion-registral/> (27/01/2020)
185. Parra, María Eugenia (1997). El Dualismo Explicación-Comprensión en la Metodología de la Investigación. Un intento para comprenderlo. *Cinta de Moebio*. Recuperado de en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10100105> ISSN 0717-554X. [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2019]
186. Pasco Arauco, Alan (2015). Ni incoherente ni inconstitucional: El (¿nuevo?) 2014° CC, su falsa metamorfosis y nuestra fe pública registral "macondiana". *Bepress*. Recuperado desde https://works.bepress.com/alan_pasco/25/download/ (14/08/2021)
187. Pasco Arauco, Alan (2018). *Fraude inmobiliario. Análisis para una efectiva defensa legal de la propiedad*. Perú, Gaceta Jurídica S.A.
188. Pau, Antonio (2004). *La prioridad registral. Un nuevo enfoque*. España, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

189. Paucar Falcon, América Pelagia (2017). *Inscripción constitutiva y seguridad jurídica de la Propiedad Inmueble en la Oficina Registral de Huánuco* [Tesis para optar el Título de Abogada, Universidad de Huánuco]. Repositorio de la Universidad de Huánuco. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xTP5OEmJIRQJ:repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/500/Tesis%2520America%2520Paucar%2520Falcon.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe> (12.02.2019)
190. Perales, Marlenne; Lozano, Ivette y López, Angélica (2018). Los colores de la vida. *Ciencia*, Vol. 69, N° 2. Recuperado desde https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/69_2/PDF/ColoresVida.pdf (29/07/2021)
191. Pérez, Alvaro (2007). "Writ" y "Actio" en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXIX*, Valparaiso, pp. 333 – 356. En https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552007000100008#53 y <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552007000100008> (01/02/2021)
192. Pérez, María (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-720X, N° 14, pp. 201-202. Recuperado de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4476/29871_L1.pdf?sequence=1 (20/05/2020)
193. Petit, Eugene (1985). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ferrandez González, José (Trad.); Argentina, Editorial Albatros.
194. Planiol, Marcel y Ripert, George (1946). *Tratado Práctico del Derecho Civil Francés*. Tomo III, Cultural S.A. Habana.
195. Presidencia de la República Subpartida de la Casa Civil para Asuntos Jurídicos de Brasil (2002). Código Civil de Brasil. *Ley N° 10.406, D.O.U de 11/01/2002*, pág. N° 1. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm (04.03.2021)
196. Presidente de la República de Colombia (1971, junio 16). *Código de Comercio*. Decreto 410, marzo 27 de 1971. Diario Oficial N° 33.339. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1971-decreto-410.htm> (23/02/2021)
197. Presti-Reyes, Néstor (23/04/2016). La nueva ley hipotecaria y el requisito de confirmación de venta. *Microjuris.com*. Recuperado de

- <https://aldia.microjuris.com/2016/04/23/la-nueva-ley-hipotecaria-y-el-requisito-de-confirmacion-de-venta/> (24/01/2020)
198. Ramos Alfaro, Judith Ángela (2015). *Seguridad en el sistema actual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú* [Tesis para optar el título Abogado, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez] Repositorio Institucional de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Recuperado de <http://repositorio.uancv.edu/bitstream/handle/UANCV/405/PDF3.PDF?sequence=1&isAllowed=y> (12.02.2019)
199. Ramos Rodríguez, Liliana (2003). La Modernización del Catastro Colombiano. *Revista de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de los Andes*, N° 18. Recuperado de <https://ojsrevistaing.uniandes.edu.co/ojs/index.php/revista/article/view/490/671> (20/09/2021)
200. Ramos Suyo, Juan (2008). *Elabore su Tesis en Derecho, Pre y Post Grado*. Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., Segunda Edición.
201. Ranieri, Filippo (2015). Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado*, (28),13-43. [fecha de Consulta 21 de Junio de 2020]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417539919002> (25/06/2020)
202. República Oriental del Uruguay (1894). *Código Civil*. Montevideo. Barreiro y Ramos (ed.). Localizado en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/13/849/edicion-oficial_codigo-civil-republica-oriental-uruguay_1894.1.pdf (12/01/2021)
203. Ribas Alva, José María (2015). *Prehistoria del Derecho. Sobre una "Genética" de los Sistemas Jurídicos y Políticos desde el Paleolítico*. España, Almuzara
- J 1.Rivero Weber, P. (2001). Apuntes para la comprensión de la hermenéutica en Heidegger. *Theoría. Revista Del Colegio De Filosofía*, (11-12), 89-97. <https://doi.org/10.22201/ffyl.16656415p.2001.11-12.271> (10/04/2021)
204. Rodríguez, Bruno (2012). Dos Siglos de evolución del Sistema Alemán de Transmisión Abstracta; En: *Observatorio de Derecho Civil, Vol. 15*. Lima, Motivensa.
205. Rodríguez P., María Sara y Soza Ried, María de los Angeles (2001). Bases romanísticas para una interpretación histórica del sistema chileno de transferencia

- inmobiliaria. En: *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 28, N° 24. En el sitio web <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14874> (28/06/2020)
206. Ronquillo Pascual, Jimmy (2015). *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*. Lima, Gaceta Jurídica.
207. Rossel, Sergio (julio 01 de 2009). *El carácter constitutivo de la inscripción chilena*. En *Revista Fojas*; recuperado de <http://fojas.conservadores.cl/articulos/el-caracter-constitutivo-de-la-inscripcion-chilena> (31/01/2021)
208. Rubio Garrido, Tomás (1994). *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona; José María Bosch Editor S.A.
209. Rubio Garrido, Tomás (1993). *Contrato de Compraventa y Trasmisión de la Propiedad*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
210. Ruiz-Olabuénaga, J. *Metodología de Investigación Cualitativa*. España: Ed. U. de Deusto. 1991.
211. Ruiz Trujillo, P. (2015). *De la Potencia al Acto*. España, Bonalletra Alcompas S.L.
212. Russian Federation (2016). Civil Code of the Russian Federation. *UniCredit Group*. Recuperado de <https://gss.unicreditgroup.eu/sites/default/files/markets/documents/Civil%20Code%20of%20the%20Russian%20Federation.pdf> (20/12/2020), también disponible en: <http://www.russian-civil-code.com/>, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_360.pdf y <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf> (29/12/2020).
213. Sacachipana Apaza, Edgar (2014). *Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble y la Seguridad Jurídica a través de la Inscripción Registral*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad Nacional del Altiplano], Repositorio de la Universidad Nacional del Altiplano. Disponible en http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4274/Sacachipana_Apaza_Edgar.pdf?sequence=1 (12.02.2019)
214. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú (2014). Casación 3187-2013 Cajamarca del 22 de octubre de 2014. *Jurisprudencia Nacional Sistematizada*. Recuperado de <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=e06b782b-238c-4319-95ac-d5b4367e7fe5> (22/06/2021)
215. Sala Suprema Civil Permanente (agosto, 02 de 2018). *Casación N° 2825-2017 – Lima Sur*. Recuperado de <https://static.legis.pe/wp->

- [content/uploads/2018/12/Casaci%C3%B3n-2825-2017-Lima-Sur-Legis.pe .pdf](https://www.gesetze.ch/inhm/inhsub210.htm)
(06/09/2021)
216. Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permente (agosto, 13 de 2020). *Casación N° 3505-2018 – Puno*. Recuperado de <https://www.peruweek.pe/wp-content/uploads/2020/11/Casacion-N%C2%B0-3505-2018-Puno.pdf>
(06/09/2021)
217. Salamanca Castro, Ana Belén y Martín-Crespo Blanco, Cristina (2007). El diseño en la investigación cualitativa. *Nure Investigación*, N° 26, enero-febrero 07. Recuperado de <https://www.nureinvestigacion.es/OJS/index.php/nure/article/view/330/321>
(20/03/2019)
218. Sánchez Zorrilla, Manuel (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N.º 14. Recuperado de: <http://www.rtf.es/numero14/11-14.pdf> (13.03.2019)
219. Senado de la República de Colombia (2020, diciembre 31). *Código Civil de la República de Colombia*. Diario Oficial N° 51544. Recuperado desde http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
(22/02/2021)
220. Schauer, Frederick (julio, 2014). Transparencia en tres dimensiones. *Revista de Derecho*, Vol. XXVII - N° 1. Pp. 81-103. Recuperado de <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art04%20-%20copia.pdf> (20/09/2021).
221. Schipani, Sandro (2010). *La Codificación del Derecho Romano Común*. Chamie, José (Trad.). Colombia. Universidad Externado de Colombia.
222. Schmidt, Peter (2018). El origen de la «Parte general» del derecho privado brasileño. *Derecho de la PUCP*, N° 80. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n80/a02n80.pdf> (04/03/2021)
223. Schulz, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. Santa Cruz, José (Trad.). Barcelona, Bosch.
224. Schweizer Gesetzestexte (1907). *Código Civil Suizo*. Edition Optobyte AG, Cancillería Federal Suiza el 17.7.2020. Recuperado de <https://www.gesetze.ch/inhm/inhsub210.htm> (22/12/2020)
225. Schweizer Gesetzestexte (März, 1911). *Betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (gesetze.ch) Recuperado de https://www.gesetze.ch/srm/220/220_013.htm (22/12/2020)

226. Sepúlveda, Marco (2009). *El Sistema Registral Inmobiliario Chileno*. Anuario de Derecho Registral Iberoamericano, Año 3 / N° 001 / 2018. Perú: Editorial Praeter Legem, pp. 63 a 78. Recuperado desde http://www.sepulvedayescudero.cl/wp-content/uploads/2020/05/2009_el_sistema_registral_inmobiliario_chileno.pdf (02/02/2021)
227. Serafini, Felipe (1927). *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo I. De Dios, Juan (Trad.); España, Barcelona, Hijos de J. Espasa Editores.
228. Sereni, Angelo (1961). Función y Método del Derecho Comparado. En: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año XIV, N° 41, México. D. F. México. En <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/9660/8745> (22/05/2020)
229. Sierra Vásquez, Guillermo (abril, 2011). Comentario, La compraventa de bien ajeno. *Actualidad Jurídica*; N° 209.
230. Sigüenza, Gustavo (2010). *Código Civil - Decreto Ley N° 106*. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. Localizado en: <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/codigo.pdf> (08/01/2021) El Código Civil, también se puede ubicar en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4119/gua-cod-civil-2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (08/01/2021).
231. Sirena, Pietro (2009). El derecho común medieval y moderno. Consideraciones desde el derecho civil. En: *Revista de Derecho Privado*, núm. 16, enero-junio, pp. 5-17. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537596001> (21/08/2020)
232. Sistema Argentino de Información Jurídica (s.f.). Código Civil 1869: recuperado de <http://www.saij.gob.ar/340-nacional-codigo-civil-lns0002653-1869-09-25/123456789-0abc-defg-g35-62000scanyel?q=%28numero-norma%3A340%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Ley%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia/Derogada%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1> (10/01/2021)
233. *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. Código Civil 2017. Recuperado desde <http://www.saij.gob.ar/26994-nacional-codigo-civil-comercial-nacion-lns0005965-2014-10-01/123456789-0abc-defg-g56-95000scanyel?q=%28numero-norma%3A26994%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legi>

- [slaci%F3n/Ley%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1](#) (26/01/2020)
234. Somma, Alejandro (2016). *Introducción Crítica al Derecho Comparado*. Agurto Carlos y otros (trad.), Argentina, Olejnick; p. 49.
235. Soria, Franco (dic. 16, 2020). Informalidad en el sector Inmobiliario: ¿Como afecta a los proyectos de infraestructura y que hacer frente a ello? *Estudio Rubio Leguía*. Recuperado de <https://rubio.pe/publicacionescont/informalidad-en-el-sector-inmobiliario-como-afecta-a-los-proyectos-de-infraestructura-y-que-hacer-frente-a-ello/> (26/04/2021)
236. Soto Coaguila, Carlos A. (2011). El proceso de reforma del código civil peruano de 1984. La necesidad de su actuación para el siglo XXI. *THEMIS Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N° 60, 2011 (Ejemplar dedicado a: Reforma del Código Civil. Edición de Aniversario)*, págs. 19-33. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9052/9463> (19/04/2021)
237. Sotomarino, Roxana (2018). *Apuntes introductorios al derecho comparado*. THEMIS, Revista de Derecho 73.
238. Soza Ried, María De Los Ángeles (2003). La "insinuatio" y la "traditio" inmobiliaria en el derecho romano postclásico. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, [Sección Derecho Romano] XXV (Valparaíso, Chile) (25), 55-89. Recuperado de <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/377/355> (16/09/2021)
239. Soza Ried, María de los Angeles (2003). *La naturaleza jurídica de la tradición ¿Acto o hecho jurídico?* *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 02. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650435.pdf> (21/02/2020)
240. Tamayo, Rolando (2016). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (p. 123). En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1764/8.pdf> (07/06/2020)
241. Tantalean Odar, Reynaldo (2015). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. En: *Avances, Revista de Investigación Jurídica*. 10 (12). Cajamarca ISSN 2220-2129. <http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/viewFile/173/124> (20/03/2019)
242. The People's Assembly of the Republic of Albania (29/07/1994). Civil Code. *Law N° 7850/1994*. Disponible en: <http://www.cclaw.al/wp-content/uploads/law/The-Albanian-Civil-Code.pdf> (26/12/2020)

243. Théry, Philippe (2009). La Trasmisión de la Propiedad en el Derecho Francés: Principios y Cláusulas Contractuales. *En Martínez, Luz J. et al (Coord), Los Sistemas de Transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo.* España, Navarra, Civitas.
244. Thibaut y Savigny (1970). *La Codificación.* Díaz, José (trad.) España; Aguilar.
245. Tiravanti Martínez, Ana Amelia (2018). Estrategia Jurídica de Inscripción Registral para Perfeccionar el Derecho de Propiedad en el Perú. [Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Notarial y Registral, Universidad Señor de Sipán] Repositorio de la Universidad de Sipán. Recuperado desde <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/4634/Tiravanti%20Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (12.02.2019)
246. Tomás, Francisco (1979). La Historiografía Jurídica en la Europa Continental (1970-1975). En: *LXXV de evolución jurídica en el mundo, Historia del Derecho y Derecho Comparado.* Vol. II. UNAM. En el sitio web <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1018-lxxv-anos-de-evolucion-juridica-en-el-mundo-vol-ii> (22/06/2020)
247. Torres C., Manuel (diciembre 01, 2020). Estas son las cuatro conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil 2020. *La Ley.* Recuperado de <https://laley.pe/art/10350/estas-son-las-cuatro-conclusiones-del-pleno-jurisdiccional-nacional-civil-y-procesal-civil-2020> (28/07/2021)
248. Torres Pacheco, Iván. (2016). La hermenéutica de Dilthey como método de comprensión del sujeto histórico: fundamento de una teoría de la gerencia educativa venezolana. *Saber*, 28(3). http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-01622016000300018&lng=es&tlng=es (13/03/2019)
249. Torres Proaño, Iván y Salazar Sánchez, Cecilia (2015, 18 de setiembre). El Código Civil, De las Obligaciones y sus Fuentes. *DerechoEcuador.com*, localizado en <https://www.derechoecuador.com/el-codigo-civil-de-las-obligaciones-y-sus-fuentes-#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20Civil%20Ecuatoriano%20es,de%20enero%20de%201857%2C%20sustituyendo> (02/03/2021)
250. Torres Vásquez, Aníbal (2021). *Derechos Reales. Tomo II.* Lima, Instituto Pacífico.
251. Tribunal Constitucional del Perú. STC N° 0016-2002-AI/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf> (01/08/2021)

252. Tribunal Constitucional del Perú. STC N° 0008-2003-AI/TC. Recuperado desde <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html> (01/08/2021)
253. Tribunal Constitucional del Perú. STC N° 00228-2009-PA/TC. Recuperado desde <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html> (01/08/2021)
254. Tribunal Constitucional del Perú. STC 2020-00018-2015-AI. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00018-2015-AI.pdf> (16/08/2021)
255. Trujillo Blas, Edmundo (2014). ¿Quién ha adquirido un bien por compraventa ostenta aptitud para demandar prescripción adquisitiva? En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 11, mayo.
256. Trujillo Blas, Edmundo (2020). Develando un sofisma: el VIII Pleno Casatorio Civil ¿A caso no cuenta la mala fe del cónyuge presuntamente perjudicado? En: *Diálogo con la Jurisprudencia*; Año 26, N° 265.
257. Vargas Sequeiros, Luís (2020). *La Buena fe en el sistema de transferencia inmobiliario: Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Recuperado del Repositorio Institucional de la PUCP https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17503/VARGAS_SEQUEIROS_LUIS_DIEGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y (06/09/2021).
258. Varsi Rospigliosi, Enrique (2019). *Tratado de Derechos Reales. Posesión y Propiedad. Tomo 2*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
259. Vélez Sarsfield, Dalmacio (1971). *Escritos Jurídicos*; Buenos Aires, Abeledo Perrot.
260. Vescovi, Enrique (1995). *Introducción al Derecho*. Editorial IDEA SRL, 8va. edición, Montevideo. Recuperado desde <https://liceo7paysandu.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-de-vescovi.pdf>. (05.01.2019)
261. Códigos Civiles del mundo (setiembre, 09 de 2020). *Viajesjurídicos*. Recuperado de <https://viajesjuridicos.com/2020/09/09/codigos-civiles-del-mundo/> (13/03/2021)
262. Vidal Ramos, Roger (2011). *El Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Derecho Civil Peruano*. Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil. Lima, Instituto Peruano de Derecho Civil. Pp. 113-150.
263. Villoro Toranzo, Miguel (1978). La norma Jurídica y sus caracteres. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*; N° 111. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/111/dtr/dtr9.pdf>. (08.01.2019)

264. Von Ihering, Rudolf (1896). *La Voluntad en la Posesión: Con la crítica del método jurídico reinante*. Posada, Adolfo (Ed. y Trad.), Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.
265. Von Ihering, Rudolf (2001). *El Espíritu del Derecho Romano*, Vol. 1; Oxford University Press, México.
266. Von Ihering, Rudolf (2001). *El Espíritu del Derecho Romano*, Vol. 3; Oxford University Press, México.
267. Von Tuhr, A. (2005). *Derecho Civil, Vol. II*. Ravá, Tito (Trad.) Madrid, Marcial Pons.
268. Westerman, Harry; Westermann, Harm Petees, Heinz, Karl; y, Eickmann, Dieter (2007). *Derechos Reales, Vol. I*. Cañizares, Ana; Miguel, José María, Rodríguez, José y Rodríguez-Rosado, Bruno (Trad.); Madrid. Fondo Cultural del Notariado.
269. Windscheid, Bernhard (1976). *Tratado de Derecho Civil Alemán. Tomo I*, Vol. I. Hinestrosa, F (trad.). Universidad Externado de Colombia
270. Witker, Jorge (1991). *Como elaborar una tesis en derecho*. Madrid, Editorial Civitas S.A.
271. Whittaker, Simon (2008). El precedente en el Derecho inglés: Una visión desde la ciudadela. Banfi, Cristian, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, No. 1. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf> (01/02/2020)
272. Zamora Manzano, José Luis (2004). *La Publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho Romano*. Madrid; Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Cuadernos de Derecho Registral.
273. Zecenarro Monge, Carlos (2016). ¿Tiene la formalización de la propiedad urbana una tercera oportunidad en el Perú? Cofopri y el Decreto Legislativo N° 1202. *Derecho y Cambio Social*; [Año 13, N°. 44, 2016](#). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456244> (23/04/2021)
274. Zimmermann, Reinhard (2012). *Derecho de Obligaciones. Estudios*. Vaquer, A. (trad). Perú, Ediciones Legales.
275. Zweigert, Konrad and Kötz, Hei, Kötz (1998). *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon, Press, 1998.