



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN-HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**LA INFLUENCIA DE LA PRIORIDAD Y PUBLICIDAD
REGISTRAL EN LA PREVALENCIA DE LA HIPOTECA
SOBRE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN HUÁNUCO
AÑO 2015**

TESISTAS : Bach. Encarnación Magariño, James Jhon,
Bach. QUISPE SERNA, Roel,
Bach. SOLANO FALCON, Joel Tulio,

TESIS COLECTIVA PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

HUÁNUCO-PERÚ

2017

DEDICATORIA

Nuestra investigación está dedicada a Dios, por su infinita bondad, luego a nuestros padres, hermanos y familiares que nos prodigaron aprecio y apoyo incondicional.

RESUMEN

Nuestra investigación se realizó en torno a la interrogante de *¿por qué el derecho personal (hipoteca o embargo inscrito) debe prevalecer sobre el derecho real (propiedad precaria o no inscrita), cuando se contraponen derechos de distinta naturaleza?* hemos encontrado al realizar la investigación de que en la raíz del problema se halla la aplicación jurisdiccional del principio de prioridad *que* encuentra su expresión en el latinasgo *Prior in tempore, potior in iure*.

Los operadores de justicia afirman en sus decisiones la primacía del derecho real sobre el derecho personal, fundada en la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales han causado daño a los justiciables que con nuestra investigación hemos demostrado científicamente que el derecho real no inscrito no primar sobre el derecho personal como la hipoteca registrada en estricta aplicación del principio de prevalencia o sea, primero en el tiempo mejor en el derecho aportando así en provecho de la sociedad y del tráfico jurídico de la riqueza entre los ciudadanos de Huánuco.

SUMMARY

Our investigation was carried out around the question of why the personal right (mortgage or registered attachment) should prevail over the real right (precarious or unregistered property), when opposing rights of a different nature? We have found in the investigation that at the root of the problem is the jurisdictional application of the principle of priority that finds its expression in the Latinasgo *Prior in tempore, potior in iure*.

The operators of justice affirm in their decisions the primacy of the real right over the personal right, based on the *erga omnes* opposability of the real rights have caused damage to the defendants that with our research we have scientifically demonstrated that the real right not registered does not prevail over the personal right as the mortgage registered in strict application of the prevalence principle, that is, first in the best time in the law thus contributing to the benefit of society and the legal traffic of wealth among the citizens of Huánuco.

INDICE

	Página
DEDICATORIA	
Resumen	
SUMMARY	
Introducción	vii
I. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1. Descripción del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	4
1.2.1. Problema general.....	4
1.2.2. Problemas específicos	5
1.3. Objetivo General y objetivos específicos.....	5
1.3.1. Objetivo General.....	5
1.3.2. Objetivos Específicos.....	5
1.4. Justificación e importancia.....	5
1.4.1. Viabilidad.....	8
1.4.2. Delimitación.....	9
1.5. Limitaciones.....	9
1.5.1. Teórica.....	9
1.5.2. Temporal.....	9
1.5.3. Práctica.....	10
1.5.4. Social.....	10
II. MARCO TEÓRICO	10
2.1. Antecedentes.....	10
2.2. Bases teóricas.....	14

2.2.1. Derecho patrimonial.....	14
2.2.2. Derecho real.....	16
2.2.3. Derechos reales.....	19
2.2.4. Nomen iuris.....	20
2.2.5. Naturaleza jurídica de los derechos reales.....	22
2.2.6. Teorías.....	23
2.2.7. Los derechos reales y los derechos objetivos y subjetivos.....	33
2.2.8. Creación de los derechos reales.....	36
2.2.9. Principios que informa los derechos reales.....	42
2.2.10. Características generales de los derechos reales.....	44
2.2.11. Elementos de los derechos reales.....	49
2.2.12. Los derechos reales en el contexto de la nueva funcionalidad.....	55
2.2.13. Seguridad Jurídica y el efecto Erga Omnes.....	97
2.2.14. Oponibilidad registral y la publicidad registral.....	102
2.2.15. Mecanismos legales de protección del acreedor preferido.....	109
2.2.16. Responsabilidad del acreedor preferido.....	118
2.2.17. Otros supuestos diferentes a la doble venta o a la concurrencia de acreedores.....	129
2.2.18. El título del acreedor preferido (inscrito).....	134
2.2.19. Principio de fe pública.....	146
2.2.20. El principio de fe pública en la doctrina.....	157
2.3. Marco situacional.....	170
2.3.1. Definiciones conceptuales.....	170
2.4. Definición de términos básicos.....	171
2.5. Bases epistémicas.....	176
2.6. Base legal.....	177
2.7. Hipótesis, Variables, Indicadores, y definiciones operacionales...182	

2.7.1. Hipótesis general y específicos.....	182
2.7.2. Sistemas de variables- dimensiones e indicadores.....	182
2.7.3. Indicadores.....	182
III. METODOLOGÍA	184
3.1. 1.Nivel y tipo de investigación.....	184
3.1.2.Tipo de investigación.....	184
3.2.Diseño y esquema de la investigación.....	184
3.3.UniversoPoblación y muestra.....	185
3.4.Definición operativa del Instrumentos de recolección de datos.....	185
3.5.Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.....	186
3.6. Análisis del Resultado.....	206
IV. RESULTADOS.....	206
4.1 Análisis de Fuente Documental.....	207
4.2 Análisis del Marco Normativo.....	209
4.3 Análisis del Marco Comparado.....	209
4.4 Contrastación de Hipótesis Secundarias.....	209
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	210
5.1. Contrastación de Resultados.....	210
5.2. Aporte Científico de la Investigación.....	213
VI. CONCLUSIONES.....	216
VII. SUGERENCIAS.....	217
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	219
IX. ANEXOS.....	224

X. ENCUESTA.....225

CAPITULO I

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. Antecedentes y fundamentación del problema.

El presente trabajo tiene su campo de estudio en el derecho patrimonial continente de los derechos reales y obligacionales, al oponerse un derecho real al derecho personal garantizado con una garantía hipotecaria inscrito en los registros públicos con anterioridad a la propiedad.

Nuestra jurisprudencia unas veces prefiere ala primera y otras veces opta por la primacía del derecho real de garantía. Para poner cota a la ambivalencia se sostiene que la posibilidad de los derechos no debe darse en consideración a la naturaleza de los derechos contrapuestos sino en mérito de la publicidad que hayan adquirido, de lo contrario se propicia fraudes y entuertos por la connivencia con el deudor que pretende burlar el derecho del acreedor poniendo en cuestión la seguridad jurídica y el trafico jurídico de inmuebles ello ha despertado nuestro interés por investigar.

Consecuentemente nos preguntamos: *¿por qué el derecho personal (hipoteca o embargo inscrito) debe prevalecer sobre el derecho real (propiedad precaria o no inscrita), cuando se contraponen derechos de distinta naturaleza?*

Como puede apreciarse, en la raíz de este problema se halla la discordancia en cuanto al principio de prioridad, *Prior in tempore, potior in iure*.

Si bien la primacía del derecho real sobre el derecho personal, sustentada en la oponibilidad *erga omnes* del primero, recogida en las resoluciones judiciales de los jueces de primera instancia y de alzada o de mérito ocasiona resultados injustos.

Con nuestra investigación pretendemos demostrar científicamente por qué no debería primar el derecho real no inscrito sobre la hipoteca valiéndonos de la doctrina, de las resoluciones de los juzgados y sala civil de Huánuco, con la finalidad aportar nuevos conocimientos en la comunidad jurídica y en provecho de la sociedad que requieren seguridad jurídica y bienestar de los ciudadanos de Huánuco; porque como hombres de derecho sabemos que para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y 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 provea las garantías que permitan institucionalizar el derecho.

La concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que ellas les son consustanciales.

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.

Es evidente que aquellos individuos que cuentan con un título de propiedad registrado poseen una especial ventaja frente a aquellos que no cuentan con la inscripción. Tal ventaja se traduce especialmente en facultades de índole económica. Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible erga omnes, razón por la cual será más difícil despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro económico que ello acarrea y tiene mayores posibilidades de

convertirse en sujetos de crédito, por mencionar una de las referidas ventajas. Existiendo así, marcadas distancias entre un título registrado y uno que no lo está y por ende, entre los que ostentan un derecho de propiedad con las prerrogativas que la constitución aspira y aquellos que no, es así que pretendemos contribuir con la presente investigación a que los ciudadanos y agentes económicos estén informados correctamente para que puedan asumir los efectos de su conducta de manera responsable y se sientan seguros de sus derechos por que como hemos anotado la propiedad tiene una connotación económica e institucional trascendental para el Estado.

1.2. Formulación del problema.

1.2.1. Problema general

Surge de la realidad descrita la siguiente pregunta:

¿Por qué se establece en los fallos judiciales la preferencia del derecho real de propiedad sobre el derecho personal en Huánuco en el año 2015?

¿Por qué no se establecieron en los fallos la preferencia del derecho inscrito distinto al derecho real de propiedad inmueble en Huánuco años 2015?

1.2.2. Problemas específicos

¿Por qué el derecho inscrito como la hipoteca debe primar sobre el derecho no inscrito, aunque éste sea el de propiedad?

¿De qué manera se relaciona la propiedad inscrita con el pleno ejercicio de la propiedad?

1.3. Objetivo general y objetivos específicos

1.3.1. Objetivo general:

1.3.2. Objetivos específicos:

Establecer de qué manera se relaciona la inscripción registral con el pleno ejercicio del derecho de propiedad.

Establecer que la oponibilidad de los derechos no debe darse en consideración a la naturaleza de los derechos contrapuestos sino en mérito de la publicidad que hayan adquirido.

Proponer las diferencias entre Un archivo y Registros Públicos.

Establecer la influencia de la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad de bienes inmuebles en Huánuco en el año 2015.

1.4. Justificación e importancia

Esta investigación se justifica y es importante porque nos permitirá:

Que es conveniente en términos prácticos y necesarios en términos teóricos porque ayudara a los propietario, abogados, registradores y operadores de justicia a optar y seguir el procedimiento que corresponde y aplicar el derecho sustantivo pertinente cuando se contraponen dos derechos de naturaleza diferente uno inscrito y otro no inscrito en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble en los conflictos de interese con relevancia jurídica que ocurren y se promueven debido al alto tráfico jurídico de bienes inmuebles en nuestro ciudad.

La investigación nos permitirá establecer conceptos claros que diferencia la propiedad inmueble no inscrita y la hipoteca inscrita, La propiedad inmueble inscrita con posterioridad a la hipoteca y la prevalencias y preferencias registrales, la seguridad jurídica y tutela efectiva de la propiedad por el Estado y la proscripción de la venta múltiple y las estafas y el fraude a la ley, permitiéndonos identificarlos, delimitarlo para aplicarlos coherentemente mejorando la administración de justicia y permitiendo a los propietarios ejercitar mejor sus derechos y porque nos es suficiente sentirse propietario sino ser realmente oponiendo su poder jurídico a su semejante.

Resulta de trascendencia social porque la propiedad es un derecho fundamental y el Estado estaría cumpliendo realmente con el encargo

constitucional de garantizar la inviolabilidad del derecho de propiedad privada y de que a nadie puede privársele de su de su propiedad y facilitando a los jueces a resolver con una debida motivación los conflictos de intereses beneficiando de esta manera a los ciudadanos en general ya sean éstas personas naturales o jurídicas, al asegurar normativamente la propiedad y su efectivo ejercicio, cuya seguridad jurídica permitirá una mejora en la economía.

La investigación pretende resolver las contradicciones y confusiones conceptuales y practicas existente entre propietarios, abogados, jueces y estudiosos de los Derechos Reales en el Perú, ante la ausencia de conceptos jurídicos expresos sobre la preferencia entre la hipoteca y la propiedad no inscrita o inscrita con posterioridad al derecho real de garantía. La investigación permitirá posteriormente dar lugar a renovar la teoría sobre los atributos de la propiedad, las características y preferencias registrales en el pleno ejercicio de los derechos de propiedad en una sociedad en crecimiento como Huánuco en función a la función que cumple como institución de garantía de los Registros Públicos apartándose del entendido de que es un simple archivo del tracto

sucesivo, de áreas y fechas reivindicando a esta institución tutelar de derechos.

Con la investigación esperamos no solo contribuir a promover la investigación sobre los derechos reales y obligacionales sus preeminencias, sino que se pueda incorporar Código Civil artículos que precisen sus preferencias y prevalencias del derecho inscrito.

1.4.1. Viabilidad.

Es procedente por cuanto sobre el problema no solo existe varios Plenarios Jurisdiccionales dados con el propósito de uniformizar criterios para resolver el conflicto, y nuestra investigación pretende anticiparse al conflicto judicial para evitarla previniéndola innovando el Código Civil ya que está previsto la reforma del Código Civil, y cuenta con opinión favorable de un gran sector de autores nacionales que desde la dación del Código en referencia han manifestado que es una norma perfectible y que debe reformarse máxime cuando a la fecha han transcurrido casi tres décadas y el derecho no puede anquilosarse sino renovarse permanentemente conforme avanza la sociedad tan es así que existen antecedentes documentales como informes, ensayos y en la percepción de los ciudadanos, por lo que es factible recolectar la información,

mediante los medios y técnicas de investigación y procesarlos obteniendo resultados que permitan validar la hipótesis.

1.4.2. Delimitación

En esta investigación reconocemos los siguientes topes operativos con el exterior:

Los resultados no van a ser generalizados.

Se limita a un solo aspecto de prevalencia de los derechos inscritos, la hipoteca como garantía de una obligación.

Se limita sólo a la ciudad de Huánuco.

El tiempo dedicado por los investigadores es parcial; por su tareas laborales y estudios.

1.5. Limitaciones:

En esta investigación reconocemos los siguientes topes operativos de las limitaciones originadas según la investigación:

1.5.1. Teórica.

Durante el proceso de investigación, se utilizarán teorías de análisis social, que expliquen la influencia de la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad de inmuebles.

1.5.2. Temporal.

El estudio es de tipo básica, para poder describir y explicar los diversos problemas que afrontan la influencia de la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad de inmuebles.

1.5.3. Práctica

La alta vulnerabilidad de los derechos en la problemática judicial al oponerse derechos de distinta naturaleza en lugar de la prioridad y publicidad registral.

1.5.4. Social

El grupo poblacional vulnerable, problemática judicial por falta de inscripción registral da lugar al propietario precario y a la inseguridad jurídica, también comprende a aquellos que hacen uso de los registros para inscribir sus derechos de manera oportuna y diligente y ejercitan su derecho de propiedad a plenitud.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Revisión de estudios realizados

No existe antecedentes registrados en las bibliotecas de la UDH, UNHEVAL a nivel de tesis en el ámbito local, en el plano nacional se ha efectuado una búsqueda por internet con el mismo resultado, empero se ha encontrado investigaciones conexas de:

2.1.1. Tesis de Rómulo Morales Hervías, sobre: las patologías y los remedios del contrato, realizado para optar el grado de doctor en derecho, en la Pontificia Universidad Católica del Perú del 2010: quien anota en su RESUMEN DE CONCLUSIONES: El hecho de la realidad es jurídico siempre y cuando la norma jurídica haya regulado previa e hipotéticamente ese hecho. 2. Los hechos jurídicos en sentido estricto comprenden hechos naturales o hechos humanos pero la norma jurídica no valora el querer y el conocer del comportamiento mismo. Ella solo valora el solo acaecimiento. 3. El acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad de comportamiento. El sujeto quiere y conoce su comportamiento y la norma jurídica valora eso. Esa voluntad de comportamiento es considerada por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos. 4. El acto de autonomía privada es un poder privado de crear reglas productoras de efectos jurídicos. Los autores del acto crean un reglamento de intereses o un programa de funcionamiento. La norma jurídica valora el reglamento o el programa creado por los privados quienes tienen capacidad normativa de producir efectos jurídicos. 5. Las situaciones jurídicas subjetivas son las posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. La situación jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de

un interés. 6. La situación jurídica subjetiva de ventaja es la posición de preeminencia del sujeto para satisfacer un interés propio. El derecho subjetivo, el poder jurídico, la expectativa y el interés legítimo son situaciones jurídicas de ventaja. La situación jurídica subjetiva de desventaja es la posición de subordinación del sujeto para satisfacer un interés ajeno. El deber, la obligación, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas de desventaja. 8. La situación jurídica subjetiva activa implica un poder de obrar o un poder de realizar un comportamiento. El derecho subjetivo, el poder jurídico, el deber y la obligación son situaciones jurídicas subjetivas activas. 9. La situación jurídica subjetiva inactiva implica un poder de no obrar o un poder de no realizar una actividad. La expectativa, el interés legítimo, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas subjetivas inactivas. 10. La relación jurídica es el vínculo o la síntesis de situaciones jurídicas subjetivas. 11. El derecho subjetivo es una posición concreta de ventaja predominantemente activa. Es el poder de obrar por el propio interés o la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. 12. El contenido del derecho subjetivo está conformado por facultades. La facultad es uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho subjetivo. Las facultades son los específicos poderes

jurídicamente correspondientes al sujeto para ejecutar determinadas actividades de hecho o comportamientos. La facultad es un poder obrar para desarrollar el propio interés. 13 El derecho subjetivo está sujeto a mutaciones constitutivas, modificativas y extintivas. 14. La titularidad del derecho subjetivo es la relación entre el sujeto y la situación subjetiva de ventaja activa. 15. El ejercicio del derecho subjetivo se manifiesta mediante el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido.

2.1.2. Investigación de Gerbert Augusto HUANCA QUISPE, oponibilidad de derechos reales idoneidad para probar el mejor derecho de propiedad, cuyo resumen es como sigue: “RESUMEN: El derecho de propiedad no sólo tiene implicancias dentro de los derechos reales sino también dentro de los derechos no reales, por lo que la oponibilidad *erga omnes* y la oponibilidad registral constituyen mecanismos de protección y de seguridad jurídica a los propietarios o a terceros, frente a la concurrencia de acreedores en relación a un mismo bien inmueble, por lo que tales mecanismos no otorgan mejor derecho propiedad sino únicamente prevalencia y prioridad”. Publicado en Derecho y Cambio Social y en el plano internacional en los países no se hemos encontrado trabajos de investigación idénticos o similares al presente.

2.2. Bases Teóricas Científicas o Conceptos fundamentales

2.2.1. Derecho Patrimonial

La actual teoría general de los derechos reales se va renovando crecientemente a partir de las transformaciones del instituto de la propiedad, lo cual es posible con la creación o el surgimiento de las diversas formas de propiedades especiales, sobre la base de la preeminente jerarquía que ostenta la propiedad general o civil en la esencia del gran sistema científico *ius real* y el normativo.

Las propiedades están consagradas en el artículo 2 Inciso 1º, artículo 60 y 70 de la Constitución del 93, considerándolas como la que fundamentan el desarrollo económico del país. Así las propiedades se ubican en la cima de la pirámide del desarrollo económico-patrimonial del Perú. Concepción que se extiende a las diversas formas de propiedad y a la naturaleza múltiple y también a su profundo contenido económico patrimonial como son la propiedad: civil, comercial, industrial, minera, urbana, rural, de marcas, intelectual, agraria, comunal, formal, nativa, etc. Entendimiento que determina que el estudio, la investigación y la didáctica superior de la propiedad general o común corresponden al derecho civil o común y los derechos especiales las demás propiedades. Aquí es donde el estudioso de los derechos reales tiene que observar la

universalidad del conocimiento de los derechos reales, al abordar la propiedad general o civil y la de las propiedades especiales en completitud; porque derecho de propiedad no es solo el regulado por el código civil, sino también el regulado por otras leyes especiales y sin olvidar que el sistema jurídico de los derechos reales comprende desde los bienes y las propiedades, como los instrumentos jurídicos de desarrollo económico, social y ambiental, junto a las diversas formas de empresas. Desde la perspectiva objetiva todo patrimonio está fundamentado y orientado por el binomio bienes-propiedades, cuyo común denominador en su operatividad o que hacer diario es el bienestar de la persona individual o colectiva, en medio de una economía globalizada por lo que es posible acuñar como una verdad axiomática *que* los bienes y las propiedades son la vida misma del ser humano.

El Derecho Patrimonial está básicamente integrado por los derechos personales, reales de invención e intelectuales; por lo que podemos señalar que derecho patrimonial es aquella parte del Derecho civil integrada por los derechos reales o *ius in re*¹ y el derecho de obligación

¹ Entendido como aquello que atribuye a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que dentro de los márgenes de la ley pueden ser más amplios o menos amplios

eso *ius in personam*² los que construyen jurídicamente el derecho civil patrimonial o como enseña Díez-Picazo, Luis, luego de afirmar que el derecho patrimonial estudia la atribución de los bienes económicos a la persona y las transacciones que son realizadas entre las personas con dichos bienes dice que el Derecho Patrimonial “es aquella parte del derecho civil que se dedica al estudio pormenorizado de cada uno de los elementos del patrimonio”. Tanto el llamado derecho de obligaciones como el derecho de bienes no son compartimientos estancos en la disciplina normativa de la vida económica, tampoco sectores independientes, sino porciones o partes de una unidad, que es el Derecho Civil Patrimonial, de la que nos cogeremos en la presente investigación.

2.2.2. Derechos reales

El proceso de evolución está íntimamente vinculado a la naturaleza humana y a su historia, porque todo lo que le es útil o necesario al ser humano para supervivencia, explicándose así su múltiple transformación y ligada indisoluble al ser humano de ahí la necesidad de regularla jurídicamente en todos los lugares y en todos los tiempos.

² Comprendida como aquella que nace de una relación inmediata entre dos personas en virtud de la cual una -deudora- está en la necesidad de cumplir una determinada prestación -dar, hacer o no hacer- a favor de otra -acreedora- que por su parte está facultada para exigir tal cumplimiento

Sin los derechos reales no se habría alcanzado el desarrollo del mundo civilizado actual, el concepto de pertenencia de un bien (propiedad) o la significación real del concepto de utilidad –fines sociales y económicos de los bienes-, los cuales son realidad jurídica gracias a los derechos reales, que en modo directo contribuye con el hombre a llevar una vida civilizada junto a los bienes que nos brinda la naturaleza o los creados por él como apunta Bentham³, “Antes de las leyes, no existía la propiedad, suprimida las leyes, y toda propiedad desaparece”.

³Jeremy Bentham (n. 15 de febrero de 1748 en Houndsditch — Londres el 6 de junio de 1832) padre del utilitarismo. Fue reconocido como niño prodigio por su padre al encontrarlo en su escritorio leyendo varios volúmenes de la Historia de Inglaterra... empezó a ejercer como abogado a los diecinueve años...Sus trabajos iniciales atacando el sistema legal y judicial inglés le llevaron a la formulación de la doctrina utilitarista, plasmada en su obra principal: *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789). En ella preconizaba que todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas. A partir de esa simplificación de un criterio tan antiguo como el mundo, proponía formalizar el análisis de las cuestiones políticas, sociales y económicas, sobre la base de medir la utilidad de cada acción o decisión. Así se fundamentaría una nueva ética, basada en el goce de la vida y no en el sacrificio ni el sufrimiento. El objetivo último de lograr «la mayor felicidad para el mayor número» le acercó a corrientes políticas progresistas y democráticas: la Francia republicana surgida de la Revolución le honró con el título de «ciudadano honorario» (1792), si bien Bentham discrepaba profundamente de Rousseau y consideraba absurdo el planteamiento iusnaturalista subyacente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Negaba también la «religión natural», que construía el concepto de Dios por analogía con los soberanos de la tierra, y defendía la «religión revelada». En la teoría del conocimiento, era nominalista. Lo bueno es lo útil, y lo que aumenta el placer y disminuye el dolor. “La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Ellos solos han de señalar lo que debemos hacer”. La ética se convierte, para Bentham, en una cuestión de cálculo de consecuencias o consecuencialismo. Habla de un cálculo felicítico, intenta dar un criterio para ayudar a los demás en la búsqueda de lo útil, y hace una clasificación de placeres y dolores. Los placeres son medibles, aunque hay que considerar siete criterios: Intensidad, Duración, Certeza, Proximidad, Fecundidad (situación agradable que genere más placer), Pureza (ausencia de dolor), Extensión, hay que entenderla como que hay motivos que impulsan a considerar intereses ajenos porque eso puede caer en propio beneficio (que te llamen simpático, benevolente, generoso...). [En la extensión cuando se trata del Estado, sí que se habla de lo útil para la sociedad, el legislador debe preocuparse de que con sus leyes den “la mayor felicidad al mayor número de ciudadanos”. Debe buscar intereses generales]. El utilitarismo ejerció su influencia sobre toda una generación de políticos británicos, representada por Peel. Además Bentham influyó o intentó influir sobre los gobernantes y líderes de las nuevas repúblicas latinoamericanas. Del mismo modo dejó fortalecido y apropiado el concepto de Deontología muy utilizado en leyes y códigos del quehacer profesional que mira hacia el futuro. También puede señalarse la incidencia que tendría, a la larga, sobre las doctrinas subjetivas del valor que se impusieron en la teoría económica occidental a partir de la «revolución marginalista» (Walras, Pareto, etc.) su principal obra fue " El parlamento inglés" . El Panóptico. - era una gran invención no sólo útil para una cárcel, sino también para las fábricas.

La extraordinaria trascendencia económica y social alcanzada nos permite afirmar que “el desarrollo de la sociedad y la evolución de su propia organización jurídica, se realiza principalmente en el campo de los derechos reales”.

Para los hombres, las cosas fueron y seguirán siendo un gran nexo con todo cuanto le ofrece la naturaleza tal cual o ya transformado en una o múltiples formas que al ser reguladas por el derecho objetivo adquieren la categoría de bienes por su contenido de utilidad económica, destinados a satisfacer directamente las necesidades individuales y colectivas del ser humano, creando así una gran gama de relaciones jurídicas entre los hombres.

Los derechos patrimoniales se objetivan con mayor efectividad sobre los bienes de carácter material, es decir; relaciones reales, caracterizadas por ser directas e inmediatas entre el sujeto y los bienes objeto de los derechos reales.

El derecho patrimonial encuentra en la legislación el fundamento jurídico para la regulación y seguridad de la propiedad privada. Por consiguiente, la importancia de los derechos reales es también la del derecho privado, porque se funda en la propiedad para erigir su gran construcción. Sin la propiedad, sería insostenible hablar de derecho civil patrimonial. No

olvidemos que las relaciones culturales, políticas, tecnológicas, económicas, comerciales y financieras que el hombre establece en una civilización globalizada, basada en bienes, sustancialmente corporales, de los cuales normativamente se ocupan el Derecho Real.

2.2.3. Los derechos reales.

Se denomina así tanto en la doctrina y la legislación, otras veces se usa también derecho de cosas o derecho de bienes, sencillamente porque este derecho solo se ocupa o tiene como objeto de estudio los bienes, estrictamente materiales o que adquieran materialidad (ejemplo, el libro de un autor). La pluralidad de denominaciones obedece a la gran cantidad de institutos jurídicos de naturaleza real, que son regulados por la normatividad referidos a la posesión, propiedad, servidumbre, medianería, etc., cuando decimos derechos reales, tenemos la representación inmediata de una clasificación jurídica del derecho civil patrimonial.

Los derechos reales es una clasificación del derecho civil, donde está organizado coherentemente por ello se encuentra dentro del Código Civil. El vocablo “real” deriva del latín res que significa cosa, e identifica la rama jurídica del derecho civil bajo la denominación derechos reales, para expresar que su objeto inmediato son las cosas, y su positividad

material en el código civil, como la normatividad de carácter general o común. De tal suerte que los derechos reales se constituyen en las vigas maestras que sostienen el edificio del derecho privado, bajo los cimientos del derecho de propiedad. En la antigua Roma los derechos reales fueron reconocidos como *iura in re* – derecho de cosas -, y actualmente los códigos emplean con gran generalidad la expresión derechos reales (en contraposición a los derechos personales o de obligaciones).

Los Derechos Reales son derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto los bienes corporales. En lo jurídico el concepto cosa, nos importa como bienes corporales, concepto que armoniza con el empleado por el código civil. El término bien implica, de un lado – *in lato* – *la corporalis* y de otro *res incorporalis*, de tal manera que nuestro código civil stricto sensu, habla de derechos reales en los cuales subyacen los bienes.

2.2.4. *Nomen iuris*.-

Nuestra materia ha tenido varias denominaciones en el curso de su existencia así tenemos: en el Código Civil de 1852 se le denominó “Derecho de Cosas”, en el Libro Segundo; en el Código Civil de 1936, en el Libro Cuarto, la denominación “De los Derechos Reales”. En el Código

Civil de 1984, en el Libro V, con mejor redacción denomina Derechos Reales.

Las denominaciones de derecho de bienes o derecho de cosas, aparecen como restrictivas al propio contenido de los derechos reales, al expresarse simplemente cosas o bienes, aluden solo a una parte de su contenido y regulación positiva.

La denominación de derechos reales es expresión con equivalencia a derechos patrimoniales con poderes jurídicos sobre bienes a favor de su titular, de manera corporal –*res corporalis*-. Por tanto, esta denominación resulta la más idónea y de aceptación uniforme.

Como ya se dijo la palabra real se entronca con la latina *res*, que en una de sus principales acepciones significa cosa; por consiguiente, la expresión *ius in re* o derecho sobre la cosa está referida al derecho real. En la doctrina como en la legislación ha quedado establecida la denominación derechos reales por tener como rasgo esencial, que los distingue de otras disciplinas jurídicas, el recaer de manera directa sobre los bienes muebles e inmuebles de contenido corpóreo, y desde luego por los rasgos típicos instituidos por los derechos de persecución (*iuspersequendi*), de preferencia (*iuspreferendi*) y de venta (*iusdestrahendi*), los cuales potencialmente son conferidos al titular de un

derecho real, por ejemplo, en los derechos reales de garantía (anticresis, mobiliaria, hipoteca, etc.).

A manera de corolario sobre el tema señalamos que el origen de la expresión “derechos reales”, se toma como el punto inicial del sistema jurídico romano, con la denominación *iura in re* – derecho sobre las cosas -, con facultades inherentes a los bienes ejercidas por el titular o titulares, con independencia del que mantenía el dominio sobre el bien o los bienes, constituyen un legado del Derecho Romano que la concebían ya como desde entonces como un poder o un señorío inmediato sobre la cosa por consiguiente su titular puede hacer valer frente a cualquiera de los miembros de la colectividad (erga omnes: frente a todos).

2.2.5. Naturaleza jurídica de los derechos reales.-

Existen varias teorías para explicar la naturaleza jurídica de los derechos reales con el objeto de determinar las relaciones jurídicas reales que produce. Así se habla de la teoría clásica o tradicional del derecho real, luego de la teoría personalista de los derechos reales. Lo que se pretende es establecer la naturaleza de las relaciones que producen los derechos reales, y también determinar las disimilitudes de la dicotomía derechos reales – derechos personales o de crédito.

2.2.6. Teorías.-

Las teorías determinan la naturaleza jurídica de los derechos reales que tienen mayor injerencia en la doctrina, como la tradicional o clásica y la personalista, pero su tratamiento para algunos involucra un estudio más detenido y básicamente con el objeto de la distinción de los derechos personales, como en efecto lo hace PEREZ LASAL, José Luis, Derechos Reales y Derechos de Crédito, De palma, Buenos Aires, 1967, pp. 105-122, tomando el llamado dualismo que comprende la teoría personalista y la realista, luego la teoría tripartita, bajo la categoría del *ius ad rem* como intermedia entre el *ius in re* y el *ius in personam*, y por último la negación de la existencia de los derechos reales como lo hace el planteamiento de Ginossar.

En la doctrina, como se tiene expresado, se debaten los planteamientos tradicionales sobre la naturaleza jurídica de los derechos reales. Criterios jurídicos de mucho peso que han sido esgrimidos con el talento de sus propulsores; pero sin que se hayan escapado de severas críticas, cuando se argumenta en el sentido de que, “quien estime en considerar al derecho real como relación de sujeto a sujeto indeterminado, importaría una obligación de no hacer, de la que ha de diferenciarse de todos modos, por lo que la obligación de no hacer significa una limitación del

derecho del deudor y constituye una carga en su patrimonio, mientras es un derecho en el patrimonio del acreedor. Lo que no sucede en el derecho real, donde la obligación al respeto que tiene la sociedad por el derecho del titular, no es una limitación a expreso derecho, ni pesa en el patrimonio de sujeto pasivo". En este entender no solamente los derechos reales estarían vinculados a un derecho pasivo universal o sujeto indeterminado, sino en general se hace extensivo a todos los derechos incluyendo a los obligacionales, toda vez que en el orden jurídico obliga a toda la colectividad, sin distingo alguno, a tener que respetar (por el carácter general de la ley), el patrimonio de las personas, v. gr., la libertad, la vida, las relaciones de crédito la posesión, la propiedad, etc.

Dentro de un análisis crítico-reflexivo, la teoría tradicional o clásica que preconiza la inexistencia de relaciones jurídicas entre las personas y los bienes (sujeto y objeto), nos resulta en los tiempos actuales y frente a las concepciones eco-ambientales de los bienes, una posición muy débil. Por consiguiente, la percibimos nada sostenible, porque se debe tener en cuenta que esa relación de la persona con el bien no es de este en sí mismo, sino un medio de relaciones de funcionalidad socio-económicas del titular, es decir, los bienes de contenido económico regulados por el

derecho real no son un fin en sí mismos, sino están fuertemente inscritos en los fines de la sociedad. Las relaciones jurídicas de los derechos reales producen efectos económicos por tanto sociales y ambientales.

Asimismo, la llamada teoría del sujeto pasivo universal, tampoco es acertada como la presentan algunos estudiosos *ius realistas*; porque hoy, se abren nuevos caminos sólidos sobre la concepción de los bienes que nos ofrece la naturaleza, y todo ello a luz de lo que nos informan las ciencias eco-ambientales (de concepciones holísticas). Los bienes han sufrido una reconceptualización jurídica, económica y social en las relaciones con el hombre.

Las relaciones reales han generado efectos jurídicos que producen los bienes a través del aprovechamiento económico por parte de su titular, quien actualmente ha sufrido grandes limitaciones por los principios de contexto global, como la sustentabilidad y la racionalidad en la explotación, y en particular sobre los recursos naturales (renovable o no renovables), los creados por el hombre (ejemplo, las edificaciones, que también deben cumplir función eco-ambiental), o los que nos proporcionan beneficios, personales, sociales y económicos.

Las relaciones jurídicas creadas por acción directa de la persona sobre los bienes, dan pie jurídicamente, al seguimiento, de derechos y

obligaciones de profundo contenido moral y humano, y decimos relaciones jurídicas por que encontramos atributos o facultades derecho subjetivo) y regulación jurídica (derecho objetivo) en la protección, conservación y explotación económica de esos bienes (como los recursos naturales).

El profesor Cuadros encuentra la justificación del derecho real en los dos extremos de la relación: en el contenido económico de ella, que da al titular el aprovechamiento de los bienes y en el contenido jurídico que garantiza ese aprovechamiento frente a los demás, *erga omnes*. El Derecho avanza en dirección al mayor uso social de los bienes, y los derechos reales constituyen la organización jurídica de las relaciones de propiedad cuando se dan al titular, potestades plenas sobre los valores de uso y de cambio de las cosas, o cuando limitan esas facultades al mero uso. *El derecho no está regulando las relaciones del hombre con las cosas, este ordenando las relaciones sociales, con el motivo del aprovechamiento de las cosas*. Pretender negar a los bienes sus efectos de utilidad y economicidad frente a las acciones humanas, es negarle la funcionalidad social de los bienes; pues sin ella, los derechos reales podrían llegar a extinguirse. A todo ello se debe agregar la funcionalidad ambiental que deben cumplir los bienes.

No olvidemos que el hombre manipula - sirviéndose de ello – los bienes y estos responden con sus efectos aludidos (utilidad y economicidad en función socio-ambiental). ¿Acaso no se habla de los derechos de los bienes que integran o engloban la naturaleza viva? El hombre actual ha re conceptualizado sus relaciones con los bienes (que en gran parte pertenecen a la naturaleza renovable o no renovable), pues se le exige un código de acciones moral de respeto en sus relaciones con el medio y los bienes que en él se encuentran, dentro de una fuerte interdependencia del hombre y la naturaleza, esta como elemento vital para la propia coexistencia del hombre en sociedad; es decir, en una interacción con los bienes, los cuales producen efectos de utilidad económica de extraordinaria proyección para la colectividad que es originada por la acción del hombre y sus relaciones con la naturaleza, con una visión de bienestar. De los bienes que nos ofrece la naturaleza se derivan casi todos los bienes tal cual nos ofrece, o con una o múltiples transformaciones, y gracias a todo ello vamos aprendiendo a convivir con la naturaleza, en su concepción más amplia, porque somos parte inescindible de ella; y si alguien se escinde, es porque ha dejado de tener vida. Los hombres somos eco-ambientales por genética.

Definir los derechos reales, como ocurre con toda disciplina jurídica material, resulta delicado e inclusive peligroso, así lo advierte el brocardico romano *omnia definitio in iusperi colosaest*, en cuanto podría limitar su propio contenido y desarrollo científico; sin embargo, por razones de método es necesaria, como también así lo comprenden la gran mayoría de los autores, proceder con la definición, o como son definidos los derechos reales en el pensamiento *ius real*.

Nuestra definición reposa en la firme convicción de que no existe definición perfecta, sino, crecientemente perfectible, como en toda obra o creación humana, y por la propia relatividad del conocimiento humano.

Ante la interrogante de *¿Qué es derecho real?* la respuesta es variada en la doctrina, así entre otras, tenemos la que considera que “es el derecho objetivo que atribuye a su titular un poder que entraña el señorío, completo o menos, sobre una cosa de carácter directo y excluyente, protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado, si bien, principalmente en los derechos reales limitados, impone al que cada momento sea dueño de la misma cosa – *un pate a non facere* – posiblemente conectado a *un facere*”, o es como se fija con claridad y precisión su significación al definirse que, “el derecho real es aquel que crea entre la persona y la cosa una

relación directa e inmediata, de tal modo que no se encuentran más que dos elementos a saber: la persona que es sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto”. De esta definición bosquejamos que el derecho real crea una relación real inmediata y directa entre la persona y la cosa o mejor crea una relación fáctica directa con los bienes, que puede tener consecuencias jurídicas.

Sin embargo, creemos firmemente que la relación directa e inmediata entre el titular del derecho y el bien – objeto de esa relación – no ha cambiado, en el sentido de que, si existe esa relación directa con el bien, es a través de la funcionalidad económico – social y ambiental que produce en su beneficio de su titular y de la colectividad. Si se habla de la relación del hombre con el mundo externo o ya de la comunicación del hombre con el mundo social, no podemos descartar una realidad, en cuanto existen también relaciones con la naturaleza, propiamente con los bienes que esta nos ofrece y que ya no pueden ser tratados como se pensaba en el siglo XIX, en que el hombre podía hacer lo que mejor les plazca con ellos. En este mismo sentido se define cuando se expresa que “derecho real es el poder jurídico que ejerce directa o indirectamente una persona sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial y que es oponible a cualquier otro”.

Recordemos que en este mundo económico- patrimonial que cada día se va globalizando más, considerándose la naturaleza como un bien jurídico protegido por el derecho objetivo, toda vez que el hombre no puede escindirse de ella, sencillamente porque es parte vital de la misma, es su usuario y beneficiario natural, y como tal ha adquirido una nueva y extraordinaria categoría socio-jurídica y natural, de “ser eco ambiental de tipo genético”

Consecuencia de lo afirmado es que existen relaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones, en la construcción de un mundo que busca y ofrece al hombre un nuevo estilo de vida, conviviendo con la naturaleza y los bienes que nos ofrece genuinamente o con una o múltiples transformaciones. Cada hombre, hablando globalmente, tiene el deber de forjar un código de acción moral frente a los bienes que nos ofrece la naturaleza, porque el mismo es naturaleza pura, y pertenece a ella.

La llamada doctrina moderna con Planiol, considera que todo derecho es una relación entre personas, es decir; así como en los derechos personales, la relación se establece entre acreedor y deudor, en los derechos reales existe una relación entre el titular del derecho y todo el mundo, advertimos que para el jurista aludido no habría mayor diferencia

entre los derechos de crédito u obligacionales y los derechos reales, toda vez que los derechos reales no serían sino los derechos personales, esto es, la relación se daría entre el titular como sujeto activo y la colectividad en la obligación pasivamente universal. Sería lo mismo decir, que a todo derecho le corresponde una obligación, y tratándose de los derechos reales los demás ajenos (sujeto pasivo universal) estarían para respetarlos. Lo cual para nosotros escapa a la realidad, porque esta es mutua relación entre persona y bien. No olvidemos que la propia concepción jurídica de las cosas que nos ofrece el mundo exterior o la naturaleza, a la luz del novísimo derecho ambiental y la ecología (derecho eco ambiental), van cambiando no solo el estilo de la vida de los hombres, sino, las propias concepciones de las relaciones jurídicas entre el hombre y los bienes naturales y artificiales.

Luego tenemos la definición propuesta en la doctrina española cuando se explica que el derecho real “es un poder directo e inmediato sobre una cosa que concede a su titular un señorío, bien pleno o bien parcial, sobre aquella, de forma que el ámbito de poder concedido tiene la cosa sometida a su denominación”. Esta concepción no habla de un poder pleno que no es sino la propiedad o de un poder parcial como son los derechos reales sobre bienes ajenos.

En las palabras de Bonnacase, “el derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona” sin embargo no todos los bienes son susceptibles de apropiación, en el concepto semántico del término apropiación.

Una de las definiciones de los derechos reales, que insinúa su completitud por su contenido descriptivo y didáctico es la que nos proporciona la doctrina *ius real* argentina en cuanto expresa que se trata de “un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (objeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *iuspersequendi* y al *iuspraeferendi*. En esta se resalta las características de los derechos reales como las de ser absolutos, la patrimonialidad, el contener normas de orden público, los sujetos y el objeto⁴.

⁴NERIO GONZALES LINARES, DERECHO CIVIL PATRIMONIAL – DERECHOS REALES, 2da.Edc. – Actualizada y aumentada, JURISTA EDITORES; Pág. 66 - 69

2.2.7. Los Derechos Reales y los derechos objetivo y subjetivo.

Derecho objetivo es el ordenamiento jurídico o conjunto de normas que regulan los hechos, actos, y situaciones jurídicas de los hombres. Normas dictadas por el Estado e impuestas por este a los sujetos de derecho mediante su poder o *iusimperium*.

A diferencia el derecho subjetivo es el poder o la facultad atribuida a una voluntad o como dice Ihering, un interés jurídicamente protegido. El derecho subjetivo y objetivo mantiene gran vinculación de complementariedad, el derecho subjetivo es un interés protegido por el derecho objetivo, por medio de la atribución de un poder (jurídico) o una facultad a una voluntad. Consecuentemente, los derechos objetivo y subjetivo son vinculantes – correlativos- lo que quiere decir, que no existe derecho objetivo que no otorgue o conceda derechos subjetivos, tampoco puede haber derechos subjetivos que no emanen de una norma jurídica objetiva. Derecho, en el concepto objetivo, no es sino la norma legal que concede a una persona la posibilidad de acatar u observar una conducta orientada imprescindiblemente a una actitud lícita.

En el ámbito de los derechos reales, el derecho subjetivo, está integrado por tres elementos: 1) El sujeto o la persona, que es el titular del Derecho Real, es quien tiene la voluntad de comportarse como titular de aquello

que el ordenamiento jurídico le atribuye como poder o facultad, sus derechos están protegidos por el derecho objetivo, 2) El objeto, que es el bien sobre el cual la persona ejerce su señorío o poder y 3) La causa, que es el hecho, negocio, causa o negocio jurídico que le da nacimiento (como expresamente el Código Civil abrogado establecía en su art. 852º).

Sin duda el derecho objetivo presupone la existencia del derecho objetivo (norma jurídica) en cuanto este es garantía para que el poder, contenida en aquel se pueda ejercer de manera efectiva; en este sentido se comenta “que el contenido propio del derecho subjetivo es, ante todo, un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido al sujeto por el ordenamiento jurídico. Poder dar la posibilidad de dirigir la propia voluntad de ciertas maneras determinadas, implica, por tanto, relevancia de la voluntad del sujeto. En consecuencia, el poder se puede manifestar: a) como un señorío sobre un objeto del mundo exterior b) como una pretensión en cuanto al sujeto (sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de un modo determinado”.

Cuando se menciona el poder de la voluntad, como contenido del derecho subjetivo, se quiere aludir a la voluntad potencial, no necesariamente actual. Esto explica como el derecho subjetivo, aunque

sea potestad de querer, puede corresponder también al incapaz de entender o de querer.

El derecho subjetivo debe ser entendido como el poder o la facultad que se atribuye a una voluntad (Salvigny), o como el interés jurídicamente protegido (Ihering). Pero se trate de un poder jurídico o de un interés protegido, no escapa de ser clasificado, se habla entonces de derechos subjetivos, agrupados según diversos criterios así tenemos: 1) por su oponibilidad. que a su vez se sub clasifican en absolutos y relativos: siendo el primero los derechos denominados erga omnes, lo que quiere decir que la facultad o el poder del titular implica la exigencia de la abstención de todos los demás, porque solo le corresponde o pertenece al titular. Entre estos derechos subjetivos absolutos tenemos los derechos de la personalidad, de la familia, intelectuales y desde luego los derechos subjetivos reales y el segundo son derechos relativos subjetivos que solo otorgan al titular el poder de exigir un determinado comportamiento a personas determinadas, este comportamiento no es de abstención, sino básicamente de acción (de obrar). Entre estos derechos subjetivos relativos están los derechos de obligaciones o de crédito. 2) por el carácter económico o no económico de su contenido.- Que también se sub- clasifican en patrimoniales y sub extra-

patrimoniales, según sean apreciados en dinero o no. Dentro de los derechos subjetivo - patrimoniales están los derechos reales, los de obligaciones, los de familia (régimen patrimonial), los contractuales (negocios jurídicos patrimoniales), los de sucesiones (patrimonio hereditario), los de naturaleza agraria (posesión, propiedad, contratos, empresas, créditos agrarios, etc.). Entre los derechos subjetivos extra-patrimoniales tenemos los derechos de la personalidad, los derechos de familia, etc. 3) por su objetivo inmediato. -Esta clasificación está alejado de la visión de lo patrimonial y lo extra-patrimonial; así, se dice que los derechos civiles se dividen en derechos personales, en las relaciones de familia y derechos personales en las relaciones sociales.

Algunos han llegado a la clasificación de los derechos reales como lo hace Freitas, comprendiendo a todos los derechos civiles en derechos reales y derechos personales, teniendo en cuenta su objeto inmediato, cosas en los derechos reales y personas en los derechos personales⁵.

2.2.8. Creación de los derechos reales

En la doctrina encontramos el sistema de *numerus clausus y numerus apertus*: En el sistema denominado también de número cerrado o limitativo, fue tratado por el derecho romano limitando el surgimiento de

⁵NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág. 70 - 72

los derechos reales solo a la ley. Según este sistema, la ley es la única fuente de todo derecho real; podemos entonces, advertir rápidamente la incidencia del orden público en la creación de los derechos reales.

En nuestro medio, como antecedente inmediato del referido sistema lo encontramos en el artículo 852º del Código Civil de 1936, lo cual disponía que por los actos jurídicos solo se pueden establecer los derechos reales reconocidos en este código (...). Actualmente nuestro Código Civil vigente se rige por el mismo principio de legalidad, de la que resulta obviamente la adopción del sistema cerrado o *numerus clausus* en la creación de los derechos reales al expresar en su Artículo 881º, que “son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes”. Evidentemente no se mejoró la redacción del Código anterior. Es más, el artículo precitado del Código Civil es imperativa y de orden público y que la autonomía de la voluntad de las personas no existe en la creación de los derechos reales, sino, solo la voluntad de la ley, de manera irrestricta. Este sistema en el contexto de la legislación Civil comparada, ha sido adoptado por varios países, entre ellos, y de modo muy inteligible por Argentina, que establece en el art. 2502º de su Código Civil, que “Los derechos reales solo pueden ser creados por la Ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o

modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

El sistema *numerus clausus*, es el de mayor adopción en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, en este mismo sentido se tiene el comentario de CastanTobeñas y Arean, que es el más adecuado conforme a los intereses de los terceros. En el que el sistema consiste en que la ley establece en forma taxativa y en número limitado los derechos reales a los que los particulares pueden dar nacimiento. Se trata de reales típicos o nominados por la ley, la que fija el contenido de cada uno de los derechos reales. En suma, podemos reiterar que este sistema, en la creación de los derechos reales, básicamente para dotar de tipicidad y nominación a los derechos reales.

Sobre la valoración del *numerus clausus*, expresa Alterini, siguiendo a Vélez Sarsfield – y refiriéndose al mismo – que, este jurista puso énfasis en la importancia política, económica y social de los derechos reales que explica la dominante incidencia de la noción de orden público y de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”. Sin duda la relevancia jurídica de los derechos reales creados por ley, está en la seguridad que otorga a las personas de sus titulares. El sistema cerrado en sistema de creación de los derechos reales, no en lo

absoluto atentatorio a la autonomía de la voluntad individual, sino, todo lo contrario, es asegurador de la autonomía sistémica que debe existir entre el interés individual y social. En el sistema *numerus apertus*, abierto, o sistema de lista libre, en oposición del sistema *numerus clausus*. La tipicidad o la innominación en la creación de los derechos reales tiene el inconveniente de encontrar tantos derechos reales como tantas voluntades de las personas pudieran dar lugar a su constitución mediante los negocios jurídicos patrimoniales; y como consecuencia se daría origen a un indiscriminado nacimiento de derechos reales atípicos o innominados por lo que esta situación de libertad no se adaptaría a nuestra realidad socio-económica, o como decía Vélez Sarsfield, la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes de una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y pueden perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades. El sistema *numerus apertus*, permisivos o libres se funda, en que la voluntad de las partes es libre y puede crear derechos, por acto o negocio jurídico. Evidente prevalencia de la voluntad sobre la ley.

En el derecho comparado encontramos que este sistema tiene aplicabilidad en Italia y Francia, en este último, al guardarse silencio sobre la limitación legal del nacimiento de derechos reales, se ha

permisible el *numerus apertus* (art. 543^o del Code) y solo es enunciativo. Al respecto, Planiol y Ripert, expresaban que “es preciso respetar la libertad de contratación con tal que esta no vaya contra una disposición de orden público, lo que sucedería, por ejemplo, si se quisieran resucitar algunos derechos feudales”. Este sistema, sencillamente no se adapta a nuestra realidad social, económica y cultural. Querer ser dueños para crear derechos reales solo produciría desorden en nuestra compleja vida jurídica nacional⁶

En resumen, la convicción de la adopción del sistema cerrado por nuestra legislación lo tenemos en el Art. 852^o del código civil de 1936, del Libro IV, “De los derechos reales”, Sección tercera Título I, “De la Propiedad”, “Disposiciones Generales”, que decía: “Por los actos jurídicos solo pueden establecerse los derechos reales reconocidos en este Código”. Si bien el sistema *numerus clausus*, se presentó expresamente, padeció deficiencia al estar incluido (resumido) en la regulación de derecho de regulación del derecho de propiedad, como si los derechos reales solo se circunscribieran en la propiedad. Una ubicación metodológica infeliz, que dejaba fuera a los demás derechos reales previstos en el Código, y menos aludía a las leyes especiales. De

⁶NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág., 73- 76.

esta manera se restringía la labor interpretativa de aquella norma en cuanto a la información del *numerus clausus*; limitándolo solo a la propiedad; de lo que resulta, que ella es el derecho real de mayor importancia, y que nace de la ley para dar vida jurídica a los demás derechos reales, sin dejar de significar que estos también emanan de la ley.

Es con el Código Civil peruano de 1984, a nuestro juicio, aun con cierta imprecisión (no con la del dispositivo antes anotado del Código Civil Argentino), recoge en su art. 881º la información del sistema *numerus clausus* (también denominado numero cerrado o sistema legal de los derechos reales), cuando expresa: “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”. Metodológicamente su ubicación resulta muy acertada, en el Libro V, Disposiciones Generales. Es la primera de las normas en la regulación de los derechos reales, e irradia la imperatividad de casi toda la normatividad *ius real* que contiene el código.

Siendo así, los derechos reales están limitados en su vida jurídica en su nacimiento, vigencia y extinción, por la ley. La concepción del *numerus clausus* cerrado o legal, es adoptada por el código civil peruano, por su propia trascendencia socio-económica y jurídica e igualmente adoptada por la mayoría de las legislaciones de otros países.

2.2.9. Principios que informan los derechos reales.-

En nuestro código civil en la Sección Primera del Libro V, Derechos Reales, encontramos los principios que orientan la operatividad de los derechos reales, como son: 1) El principio de legalidad (*ex lege*) en el artículo 881º, constituyendo la fuente legal de los derechos reales que sustenta el sistema *numerus clausus* adoptado. 2) El principio de libertad de enajenación de los bienes conforme al artículo 882º que dice: “*No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita*”. Entendiéndose por enajenar como señala el diccionario de la lengua española, “transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella”.

La ratio de esta norma en esencia es proteger la libertad del titular en ejercicio del poder jurídico de disposición que le confiere el ordenamiento jurídico.

Todo propietario está facultado para disponer con plena libertad el bien de su legítima y exclusiva propiedad. Lo que trata de proteger la ley es garantizar la libertad de poder enajenar, *v., gr.*, vender, donar, permutar, dejar de herencia, gravar, etc., nadie puede obligar al propietario a enajenar o no enajenar, a gravar o no gravar el bien; excepcionalmente por causa de necesidad pública puede el Estado expropiarla previa ley

del congreso y pago de justiprecio. La norma señalada es imperativa y de orden público, por ende, de imperativo cumplimiento. La prohibición que contiene va dirigida a la voluntad de las partes quienes no pueden pactar lo contrario. En el fondo se trata de una disposición imperativa y prohibitiva.

3) El principio “*nemo plus iuris*” que establece que “*nadie puede transmitir un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba*”, del que se desprende su correlativo, que dice: “*Nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere*”.4)El principio de la convalidación de los derechos reales, la que se encuentra establecido en la regla siguiente: “*si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir, lo adquiere después, se debe entender que transmitió o constituyó un derecho verdadero, como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución*”⁷.

El principio *nemo plus iuris*, que influye en el principio que “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba”, y su variable correlativa, que se expresa así, “nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.

⁷ GONZALES LINARES, Nerio Ob. Cit., Pág.77 - 80

El principio de la convalidación de los derechos reales. El cual emerge como principio regulador: “si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir, lo adquiriese después, se debe entender que transmitió o constituyó un derecho real verdadero, como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución.

2.2.10. Características generales de los derechos reales.-

Se caracterizan por tener una relación directa e inmediata la persona con el bien, y en esto, *strictu sensu*, consisten los derechos reales. Situación que le confiere al titular un poder directo e inmediato sobre el bien, imponiendo al mismo tiempo a todos –entiéndase a todos los integrantes de la sociedad -un deber de abstención y de respeto frente a ese poder. De esa situación emergen los rasgos propios de los derechos reales, como el de su eficacia frente a todos (*erga omnes*).

Como hemos establecido al referirnos al derecho patrimonial los derechos reales integran el grupo de los derechos patrimoniales, es decir, de aquellos que se identifican con el patrimonio de contenido económico (pecuniario), que satisfagan los intereses del titular. De este grupo forman parte sustancial los derechos personales-patrimoniales o de crédito, así como también los derechos intelectuales, los de contratos, de sucesiones (bienes que integran el patrimonio o la masa hereditaria). Lo

que, desde ya, nos permite advertir que existe contraposición de los derechos reales con los derechos de obligaciones o de crédito, y para marcar sus diferencias en el plano jurídico, lo idóneo y metódico es acudir a las características de los derechos reales, que, dicho sea de paso, les proporcionen tipicidad inconfundible frente a los derechos de obligaciones y a los de las demás ramas de derecho civil. Las características de mayor relevancia son: 1) *El ser un poder jurídico del titular.* el titular del derecho real tiene inherencia con el bien sobre el que ejerce el poder jurídico; pero esto no significa que siempre haya aprehensión material o física, sino basta la jurídica o formal como ocurre con la propiedad de inmuebles que conlleva ínsitamente, el uso, el disfrute o la disponibilidad del bien. La titularidad es directa. 2) El poder jurídico del titular es inmediato. - el poder inmediato o la inmediación del titular del bien le da la nota típica, en cuanto para ejercitar este poder no se requiere de la intervención o la colaboración de sujeto alguno, pero basta la relación o el contacto inmediato sujeto-bien (relación real), o mejor, no es necesaria la cooperación de otro sujeto para el ejercicio de tal poder. La conceptualización de la expresión “titular” es de connotación amplia que no se puede identificar al que ejerce el derecho de propiedad; así, será titular todo aquel que ejerce un derecho real, como, por

ejemplo, el usufructuario es el titular del derecho de usufructo, igual ocurrirá con el superficiario, titular del derecho de superficie.3) Es un poder jurídico excluyente. - los derechos reales son un poder excluyente de todo otro poder igual o concurrente sobre el bien, por lo que existe la posibilidad de negar a otro el ejercicio y la titularidad del derecho. Si el derecho de propiedad es excluyente, el titular del derecho real tiene el pleno derecho de excluir a terceros del bien sobre el que ejerce algún derecho real, v., gr., impidiendo que ingresen al bien o pongan objetos en él, cercando el perímetro, levantando muros en resguardo del ingreso de terceros.

La presencia de un derecho real cualquiera, le atribuye a su titular el derecho de exigir a todos los demás – miembros de la sociedad- el respeto al bien sobre el cual ejerce inherencia, es decir, el señorío que imprime en forma directa e inmediata sobre el bien.4) Es un poder jurídico absoluto. -que permite al titular oponerse a todos (*erga omnes*), sin que sea necesaria la invocación de una causal.

De este carácter surge el derecho de perseguir *ius persecuendi* a tercero si el bien se halla en sus manos carente de toda titularidad. Se comenta “que la oponibilidad y la eficacia del derecho real a todos, de donde deriva la persistencia del mismo aun cuando la cosa deje de estar en

posesión del titular, y la posibilidad del titular de recuperarla la cosa, que halla de hecho en poder de otro” de la que colegimos el carácter absoluto de los derechos reales, en razón de que estos son *erga omnes* y dan cabida al *iuspersequendi*. Lo absoluto debe tomarse con la relatividad que genera todo el quehacer del hombre.

En consecuencia, todo titular de un derecho real, aun cuando este sea limitado, está en la facultad de ejercer todos los poderes que le son inherentes, con independencia de quien sea la persona con la que haya de vincularse – inclusive con el mismo propietario - directamente sobre el bien. 5) Es un poder protegido por la reivindicación.- El poder jurídico completo que producen los derechos reales, es solo concedido al titular del derecho de propiedad; así, *v., gr.*, frente a quien desconoce esa titularidad sobre un bien determinado surge la presencia de su tutela jurídica (artículos 923º y 979º del Código Civil) con la posibilidad de accionar con la pretensión reivindicatoria, .Asimismo, el titular del derecho real de propiedad también puede hacer uso de las pretensiones posesorias e inter dicitales u otras según el caso. 6) otras características.-En la doctrina también se le atribuye a los derechos reales otras características no menos importantes que las anteriores, aun cuando algunas se repitan, veamos: a) *la del poder del titular al bien* .-el

poder del titular se proyecta de manera directa sobre el bien y no se aparta de este aun cuando este en posesión de un tercero (es el poder jurídico del titular sobre el bien), b) la determinación del objeto del derecho real.- Los derechos reales funcionan en base a bienes determinados o no indeterminados. Los bienes deben ser inconfundibles, la duda o la confusión de la individualidad del bien, crea dudas en la titularidad del bien, c) su inmediatez. -El poder del ejercicio del derecho real es un carácter de inmediatez (es el poder jurídico del titular sobre el bien). Es mediante la inmediatez del titular con el bien, en cuanto este último debe cumplir funciones económicas y sociales, dando surgimiento a las vinculaciones y relaciones del bien y su titular (relaciones reales), d) Por la oponibilidad y la eficacia del derecho real frente a todos *erga omnes*. Este es el carácter propio de los derechos reales, con lo cual contribuyen con gran eficacia en el cumplimiento de los créditos (por ejemplo: los derechos reales de garantía), e) por el derecho de persecución del bien.- El *ius persecuendi* es atributo inherente de los derechos reales de garantía, *v. gr.*, la garantía inmobiliaria, hipoteca, anticresis, etc.), f) por la preferencia del derecho real sobre el derecho personal patrimonial.- Se trata del *ius perfendi* o de otro atributo inherente a los derechos reales de garantía, g) por la economicidad del

contenido de los derechos reales.-Sin duda los bienes como objeto de los derechos reales se involucran como parte del patrimonio del titular, bajo el típico rasgo de tener un valor económico directo e inmediato. “Son derechos patrimoniales los que garantizan al hombre los medios económicos o su existencia y su actividad volitiva”⁸.

2.2.11. Elementos de los derechos reales.-

En la doctrina se consideran como elementos de los derechos reales el sujeto, el objeto y la causa; para otros, solo el sujeto y el objeto:

Sujeto. - El hombre al ingresar al mundo del derecho se reviste de juridicidad como persona natural (derecho de personas), y es sujeto de derechos y obligaciones, por ello podemos decir, que el único sujeto de los derechos reales, como de todo el derecho, es el ser humano individual o colectivo. Algunos autores al solo hablar de personas, a secas, no lo hacen con precisión jurídica, por cuanto excluyen a los otros sujetos de derecho, como la persona jurídica, el patrimonio autónomo, el *nasciturus*, entonces, es pertinente hablar de sujeto de derecho, por que comprende la noción jurídica de persona humana en las diferentes expresiones que para el derecho le son útiles a fin de asignarle imputación normativa. Siendo así, todo sujeto de derecho puede ser

⁸ GONZALES LINARES, Nerio Ob. Cit., Pág. 82-85.

titular de derechos reales, como la propiedad, copropiedad, posesión, servidumbre, superficie, etc.

Por nuestra parte nos parece muy tibio e inadecuado para el momento actual, hablar del sujeto pasivo universal en la relación jurídico- real, atribuyéndole una abstención o un no hacer a la colectividad, frente a los derechos reales. No cabe duda que el titular del derecho real ejerce su derecho sobre el bien, con prescindencia de la intervención de otro sujeto obligado a quien no se le afecta en nada, esta prescindencia también funciona en los derechos de obligaciones, si la prestación no le afecta.

La persona guarda correspondencia con el bien por el contacto directo e inmediato que mantiene con él, es decir, “en relación jurídica implícita en el derecho real, se da un contacto inmediato, entre la persona y la cosa, si bien dicha intermediación se ha de concebir bajo la garantía y supervisión del Estado (principio que domina el régimen de todos los derechos subjetivos), la cosa queda vinculada a la persona, algo así como obligada a obedecerla, de suerte que – solo en este sentido – puede hablarse de un derecho sobre la cosa y convenir a la misma en uno de los dos polos e la relación jurídica, bien entendido que se trata de una construcción parabólica, pues de todos es sabido que las cosas nunca pueden ser sujetos pasivos ni activos de los derechos. En la relación jurídica- real, se

da un contacto inmediato entre la persona y la cosa, o mejor el bien, de modo tal, que ella queda vinculada a la persona, algo así como obligada a obedecerla. La aludida relación entre la persona y un bien determinado es claramente posible por que este le pertenece, es decir, existe correspondencia entre persona y bien. Por nuestra parte nos adscribimos a la concepción precedente, respecto a la relación que se produce entre el titular y el bien.

Objeto. En derechos reales el objeto es un bien de naturaleza corporal o material, en cambio el derecho personal tiene por objeto la conducta de otra persona, el derecho real tiene por objeto un bien. Si armonizamos la regulación de los bienes bajo esta denominación (bien), la cosa adquiere esta categoría al revestirse la juridicidad por la fuerza de su utilidad y sus beneficios económicos que le brinda al titular, y pasar a ser normada jurídicamente como bien e instituirse como objeto de los derechos reales. Los bienes pueden ser corpóreos o materiales (*res corporalis*) v., gr., un edificio; y también, incorpóreos o inmateriales (*res incorporalis*) v., gr., la libertad, la prestación, etc., es decir, bienes que no son cosas (según nuestro ordenamiento ius real los derechos de autor son derechos reales, art. 2093º del Código Civil).

Requisitos del Objeto.

Los requisitos para la configuración de los bienes como objetos de los derechos reales, son: los bienes. Los bienes o cosas deben tener existencia.

Los bienes deben estar dentro del dominio de las personas, es decir, tienen que estar en el comercio de los hombres (*in commercium*).

Los bienes deben tener existencia actual, real y efectiva, toda vez que no pueden ser objeto de derecho real los bienes futuros.

Los bienes son determinados o individualizados, porque la indeterminación no es propia de los bienes en los que recaen derechos reales, además estos no operan sino sobre bienes determinados, es así que resulta improcedente una pretensión real sobre bienes indeterminados o en su caso será viciosa la transferencia de bienes muebles o inmuebles a cualquier título, sin que hayan sido debidamente determinados.

Los bienes deben ser objetos singulares. Una universalidad de hecho tomada como una unidad no es objeto de derecho real, si se tiene en cuenta que los derechos reales recaen sobre bienes identificables que lo componen.

Si el bien forma una sola unidad es objeto de derecho real tomado en su totalidad, como podría ocurrir con los bienes accesorios, estos conforman la unidad del bien real principal.

Siendo así, los derechos reales solo pueden tener por objeto bienes, lo cual jurídicamente es lo más idóneo en la regulación de la cosa. Podemos adelantarnos expresando que la acepción bien, *in genere*, envuelve todo bien corporal e incorporal un bien inmueble o un bien intelectual. Sin embargo, *strictu sensu*, en materia de derechos reales no toda cosa es bien, ni todo bien es cosa, esta adquiere la categoría jurídica del bien por la utilidad que le presta al hombre. Este concepto jurídico de bienes involucra los corporales y los incorporales.

Sobre el tema de los elementos de los derechos reales son interesantes las palabras de la profesora Areán de Argentina, quien considera hasta cuatro elementos de la relación jurídica, y para ello afirma que todo derecho subjetivo implica una relación entre sujetos: si una persona es titular de un derecho otra u otras, necesariamente, estarán adheridas a un deber, y es por ello, según la mencionada jurista, que los elementos de la relación jurídica ya no son tres, sino cuatro: 1. *Sujeto Activo*, que es titular del derecho; 2. *Sujeto pasivo*, que es la persona o personas sujetas al deber correlativo; 3. *Objeto*, que es la conducta que debe

cumplir el sujeto pasivo; y, 4. *Causa*, que es el hecho o acto jurídico que da nacimiento a la relación.

Para nosotros el bien genera relación frente al titular y de este frente a la colectividad, por lo que la relación jurídico-real se concretiza entre el sujeto y el bien; así, existe correlación del sujeto frente al objeto determinado, sobre el cual se ejerce la titularidad con todas las facultades o atribuciones que el derecho subjetivo –real le concede, bajo la protección del derecho objetivo – real. Hablar de un sujeto pasivo universal no tiene mayor trascendencia jurídica; como tampoco de la causa, cuando esta es un acto jurídico, pues los derechos reales no nacen de un acto jurídico, sino de la ley, como en el caso de la usucapión (finalmente esta también nace de la ley art. 250º del código civil).³ *causa*. -se afirma que no hay un derecho que no provenga de un hecho. Si los derechos nacen, se modifican o se extinguen es a consecuencia o por medio de un hecho. Esta facilidad en la doctrina instituye algunos principios sobre la causa, con especificidad en los derechos reales, como ocurre con la tradición de trascendencia en los bienes muebles por su injerencia en los bienes muebles, como elemento constitutivo de los derechos reales, juega un papel importante en la adquisición derivada de la posesión de los bienes. Por actos entre vivos o por sucesión

hereditaria. Denominada posesión civilísima. Por consiguiente, la tradición opera en los derechos reales a través de los negocios jurídicos patrimoniales, lo que demuestra que la tradición es consecuencia de los actos bilaterales.

Finalmente podemos decir, que algunos autores (L. Rigaud) consideran que en los derechos reales solo existen como elementos dos: 1.- sujeto activo del derecho, titular del derecho, por ejemplo, el propietario en el derecho de propiedad, 2.- cosa, objeto del derecho. En los derechos reales no existe ningún intermediario entre el titular del derecho y la cosa que es su objeto. Precisamente a causa de la intimidad que existe entre el sujeto activo del derecho y su objeto, “*res*”, se llama real al mismo derecho *ius in re*.

2.2.12. Los derechos reales en el contexto de la nueva funcionalidad que le asigna el ambiente.-

Hasta aquí sabemos que los derechos reales y derechos personales o de crédito integran el gran grupo de derecho civil patrimonial, son pues, dos grandes ramas del frondoso árbol de derecho civil – patrimonial en la protección jurídica de los intereses del titular (sobre los bienes). En los derechos reales el titular ejercía actos de uso, disfrute o disposición directamente del objeto económico del derecho. En los derechos de

crédito el bien garantizado o protegido jurídicamente solo puede satisfacerse por la mediación de actos ajenos, esto significa, que es a través de la prestación de parte del sujeto obligado directa y personalmente a cumplir a favor del titular del bien protegido por el orden jurídico.

En la determinación de las similitudes entre los derechos reales y los derechos de crédito existe unanimidad tanto en la doctrina como en la legislación con el propósito de marcar una clara y definitiva diferencia; que desde ya, por ejemplo, solo se podrían diferenciar en cuanto se dice, que unos son absolutos (reales), y otros son relativos (personales); también resulta también suficiente las facultades que tiene el titular sobre los bienes en la relación jurídico – real, cuyo titular ostenta facultades que las ejercita directa e inmediatamente sobre el bien como es el goce, disfrute o disposición, de tal manera que puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido. En cambio, en los derechos de crédito el titular solo puede exigir el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer a otros u otros, personalmente obligados a una prestación favorable a sus intereses.

Los derechos reales crecen y evolucionan al compás de la globalización de la economía, la tecnología y la ciencia (de gran desarrollo de las vías

de comunicación), se van proyectando a través de sus institutos propios o típicos a adquirir mayor dinamicidad en el intercambio o tráfico de los bienes, por ejemplo, con la extraordinaria facilidad que nos proporciona la informática. Los institutos jurídicos de los derechos reales en la actualidad y en especial el de propiedad, armonizando con los avances de la ciencia y la tecnología, sufren nuevas tendencias doctrinarias y positivas, como la aparición de nuevas formas de propiedad, que van acrecentando su propio contenido – de los derechos reales -. Acaso no es cierto que con el surgimiento del novísimo derecho agroambiental la propiedad ha experimentado una nueva función que debe cumplir, como es la ambiental (extendida a todos los bienes, mayor aun si son de utilidad productiva – tierra agraria – para el hombre); en consecuencia, hablar de los derechos reales ambientales o de los derechos reales agrario – ambientales, no es ni será extraño.

Ciertamente, la visión y re conceptualización actual de la naturaleza - en su concepción holística – y de los bienes que nos ofrece, nos crea el deber de asumir una nueva actitud fundada en la buena fe para el aprovechamiento de todo lo que nos brinda la naturaleza en función eco-ambiental”, de la cual no se liberan las propiedades y los demás derechos reales.

Es por ello que la visión económica de los bienes se expresa en su aprovechamiento sostenible, e imponen nueva y distinta normatividad jurídica, dando paso a formas especiales de propiedad, como la propiedad comunal, la propiedad agraria en función ambiental y ecológicamente equilibrada. En consecuencia, “se puede apuntar como en las concepciones jurídicas de la propiedad, por ejemplo, la consideración del rol económico que a los distintos bienes corresponde, ha influido decididamente en el surgimiento de las llamadas formas especiales de propiedad, que continúan perfilándose cada vez de manera más marcada, hasta el extremo de atomizar la universal noción de dominio”. A ello podemos agregar, que en el futuro habrá lugar a otras nuevas clasificaciones y sub clasificaciones de los bienes, sin que escapen de la regulación del derecho real ambiental. Lo ambiental es actividad antropogénica y holística que juega un importante rol en todo cuanto derecho real existente o por existir. Lo ambiental es conocimiento transversal, es cultura le ofrece al hombre un nuevo estilo de vida. Hoy la propiedad y los demás derechos reales deben cumplir función ambiental que implica un ambiente sano y ecológicamente equilibrado destinado a la vida y salud humana y la preservación y conservación sustentables de los recursos naturales para las generaciones actuales y

futuras. Tanto es así que “el hombre desde que tenga uso de razón debe elaborar un código de acción moral y de buena fe frente a la naturaleza a la que pertenece”; así como también que “el hombre es un ser agroambiental por genética” o que es un ser eco sistémico por genética⁹.

2.2.13. La propiedad en la doctrina.-

El ser humano por naturaleza tiene la necesidad de establecerse en un determinado lugar, como consecuencia inmediata, comienza adquiriendo toda clase de bienes que le sea útil para su existencia, por lo que en adelante seguirá adquiriendo cosas, bienes mientras transcurra el tiempo y se origine nuevas necesidades estimulada por la mejora económicas dando lugar a las transacciones comerciales, y estos no tienen únicamente implicancias económicas sino también jurídicas, por constituirse estos hechos en contratos de compra venta que requieren ser protegidas¹⁰o amparadas por nuestro ordenamiento jurídico, que en la mayoría de los casos se celebran sin prever las consecuencias de las mismas, es una de las razones por las que con frecuencia existe concurrencia de derechos reales u otros de distinta naturaleza sobre un mismo bien inmueble.

⁹ GONZALES LINARES, Nerio, DERECHO CIVIL PATRIMONIAL – DERECHOS REALES, 2da.Edc. – Actualizada y aumentada, JURISTA EDITORES Pág. 63 al 91

¹⁰www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

Las relaciones y situaciones jurídicas¹¹ se regulan en función a intereses personales e intereses colectivos, primando este último sobre el primero, con el transcurso de los años, requieren ser regulados con mayor eficacia y por consiguiente todo ordenamiento jurídico tiene la obligación de otorgarle seguridad jurídica.

En la visión euro céntrica de la historia, tenemos un proceso ampliamente divulgado y conocido que resulta ilustrativo para nuestros afanes de como la humanidad empezó, la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de todos los bienes, las cosas que los tenía a su alrededor, configurándose así, la posesión, estos de manera colectiva, dependiendo de organización de cada cultura primitiva, y luego la propiedad, de tal forma, originariamente la propiedad fue comunal donde el grupo, al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultiva, consolida una situación de hecho denominada “posesión”, en la cual la ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra determina el derecho del poseedor, precisamente en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad

¹¹por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes, la de padre e hijo, y así sucesivamente. Y por *situación jurídica* entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Son situaciones jurídicas las de padre, hijo, marido, profesor, ministro de Estado, etc. Rubio Correa, Marcial. Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen III, “Título Preliminar”, sexta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Pág. 203.

inmobiliaria, es decir con la posesión directa y pública se adquiriría una situación de relación directa entre el hombre y el bien.

La propiedad privada no ha existido siempre, como tampoco lo han sido las clases sociales, el Estado, la división del trabajo, etc. La aparición de la propiedad privada está íntimamente ligada a la de estos fenómenos. Inicialmente, las tierras eran de propiedad de la tribu¹², donde se dividen entre todas las familias que la integran asignándose terrenos o parcelas temporalmente, dicha división de las tierras en familias posteriormente adquiere permanencia, entonces surge la propiedad familiar que luego se convierte en hereditaria y autónoma¹³. Empero como consecuencia inmediata se empezó a generar algunos problemas, como no respetar las propiedades privadas, entonces acordaron organizarse en sociedad y Estado, con la finalidad de preservar su vida, libertades y propiedades. Es así que en los pueblos de la antigüedad encontramos la propiedad quiritaria romana, a la que se le denominaba, "*dominium ex iure quiritium*", por estar sancionada por el derecho civil, requiriéndose para ser propietario: que se tratara de una cosa *mancipi*, que el propietario fuera ciudadano romano y que el dominio se hubiera adquirido por *mancipatio* o por *in jure cessio*.

¹²Del latín tribus, una tribu es un grupo social cuyos integrantes comparten un mismo origen y ciertas costumbres y tradiciones.

¹³www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

El derecho de propiedad en Roma, se desarrolló en función a su expansión en conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y dárselas a particulares, y estos pagar una tasa anual. Tal situación de hecho, se denomina “*possesio*”, donde paulatinamente el Estado atribuye un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación. Posteriormente se habla de “*dominio ex jure quiritum*” o propiedad quiritaria que manifestaba la propiedad con carácter de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. En segundo lugar, existía un tipo de propiedad inferior a la quiritaria para los extranjeros denominada *in bonis* o propiedad provincial, pretoriana o peregrina¹⁴. La propiedad quiritaria, como se ha dicho, solamente podía obtenerse (o transferirse) a través de formalidades o procedimientos esenciales establecidos por el derecho civil, a saber: a) que el propietario fuera ciudadano romano¹⁵, b) que fuera a través del procedimiento especial de la *mancipio* o el rito especial “*in iure cesio*”, y no por mera tradición (de lo contrario era propiedad *in bonis*), c) que fuera una *res mancipio*, ambas formas de propiedades se distinguen en los modos de adquirirlas.

La “*mancipatio*”.-“*fue un acto formal de adquisición de propiedad*”

¹⁴www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

¹⁵En roma se entendía por ciudadano a aquel hombre nacido en la urbe (hijo de padres romanos), lo que excluía a los extranjeros, a los esclavos, entre otros, quienes no eran considerados ciudadanos. Esto operaba también en Grecia, donde se protegía a los ciudadanos (principalmente en Atenas), pero se excluía a los metecos (extranjeros), a los esclavos, etc.

celebrado en presencia de un mínimo de 5 testigos, que implicaba la presencia de un objeto que represente el bien materia de contrato y un pedazo de cobre, el cual simbolizaba el pago a todo ello y debían pronunciarse fórmulas rituales a fin que se entendiese materializada la adquisición". Por otro lado, tenemos la in jure cessio.-un acto formal de adquisición que se celebraba en presencia del pretor¹⁶e implicaba una reivindicación simulada, en la que el adquiriente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenamiento se allanaba a ello"¹⁷. Como la in jure cessio eran utilizados por los ciudadanos romanos, mientras los extranjeros, al no poder utilizar ninguno de estos modos, el pretor, con el fin que puedan adquirir la propiedad inmobiliaria, dio valor legal a la tradición.

Sin embargo, el concepto de propiedad inmobiliaria evoluciona al desaparecer el concepto que existía en Roma respecto a la persona y a la cosa cuando el emperador romano Marco Aurelio Antonino Basiano¹⁸declara como ciudadanos romanos a todos los súbditos del

¹⁶ Pretor (del latín *Práetor*) era un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de cónsul. Su función principal era la de administrar justicia en la fase *in iure*, conceder interdictos y restituciones *in integrum* y otras funciones judiciales. Este cargo, llamado *pretura*, fue creado en el año 367 A. C. y abierto desde el principio a los plebeyos. Desde su creación hasta el año 241 A. C. solo existió uno en Roma, encargado de la organización de los procesos, con posterioridad se creó otro para proteger a los peregrinos. Su número fue creciendo a la par que Roma iba conquistando nuevos territorios, pero a pesar del número de pretores, esta magistratura no estaba colegiada, ya que todos no tenían las mismas competencias y estas eran sorteadas.

¹⁷RAMIREZ CRUZ, Eugenio María "Tratado de derechos reales" TOMO II, Editorial Rodhas, 2da Edición Abril del 2003. Pág. 24.

¹⁸Nació el 4 de abril de 188 en Lugdunum, en la Galia (hoy Lyon, en Francia). Su nombre fue el de Marco Aurelio Antonino Basiano, aunque se ganó el apodo al introducir en la moda romana una capa larga o túnica propia de la Galia, llamada la caracalla. Hijo del emperador Lucio Séptimo Severo que falleció en el 211, convirtiéndose Caracalla en emperador, junto con

Imperio. Con Justiniano se sustituye los modos de adquisición que hemos mencionado por *la traditio* que consistía en la entrega física del bien que se enajenaba, la misma que se daba de común acuerdo entre el que lo entregaba (*tradens*) y el que lo recibía (*accipiens*). Podemos apreciar que en Roma, la propiedad inmueble tuvo un ritmo evolutivo partiendo de una forma comunitaria y familiar hasta llegar a ser individual, donde el grado superior de la propiedad inmobiliaria se consagra en las Doce Tablas¹⁹ que la tipifica como un derecho individual. Además de tener sus facultades el propietario como las *iusutendi*, *iusfruendi* y *el iusabutendi*, donde el propietario tenía poder exclusivo y absoluto, perpetuidad y derecho de transmitir el bien por herencia, pero los romanos tenían ciertas limitaciones hacía estos tres efectos como, derechos de usufructo, uso y habitación, condominio e incluso, por cuestiones de interés y uso público como caminos, servidumbres, construcción de obras, relaciones de vecindad, entre otros.

Con la caída el imperio romano de occidente a manos de los barbaros, siglo VI d.C. se ingresa al feudalismo o Edad Media, Concepto de

su hermano menor, Publio Séptimo Geta. En el 212, fue único emperador, tras mandar asesinar a Geta (que fallecería entre los brazos de su madre, Julia Domna) y acabar con varios miles de sus seguidores. Fue cruel y extravagante, aunque también promulgó el edicto que concedió el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (Edicto de Caracalla), también conocido como Constitución Antonina, dictado en el 212, que igualaba a los ciudadanos bajo la suprema autoridad imperial. Mandó construir en Roma las famosas y extraordinarias termas que llevan su nombre. Su política exterior se basó en la Consolidación fronteriza por lo que se realizaron dos campañas en el Danubio y se emprendió la guerra contra los partos. El jefe de la Guardia Pretoriana (prefecto del Pretorio) Marco Opelio Macrino le asesinó en Mesopotamia y le sucedió como emperador. www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

¹⁹Las XII Tablas se basan en los principios como: La salvaguarda del patrimonio, La autoridad del "pater familias" como único titular de derecho y la fijación de castigos para las infracciones.

alcance europeo, es decir; no universal, porque el resto del Mundo continuó teniendo su propia historia, muy distinta al del viejo continente. Sin embargo, hechos posteriores como la colonización de América, ligan la historia del nuevo con la del viejo continente. Que se ubica en el siglo cinco después de Cristo, porque en éstos tiempos se consolidan las invasiones bárbaras que destruyen el imperio romano, en cuyos territorios habían de formarse diversos reinos, de los cuales el de los francos fue el más famoso.

Estas monarquías no eran del todo absolutistas, pues distintos señores feudales tenían prerrogativas que limitaban la autoridad real. Sin embargo el Papa, máximo poder espiritual de occidente, consagró en manos de Carlomagno²⁰, la dignidad imperial. A raíz de la decadencia imperial y las invasiones de los normandos, el territorio se dividió en numerosas posesiones, cuyos jefes militares proveyeron a la defensa y gobierno de sus respectivos señoríos, hasta que se convirtieron en “Señores”²¹, exigiendo vasallaje a sus pobladores, y debilitando consiguientemente el imperio, con el apoyo del pontífice.

²⁰ Carlomagno (742-814), en latín, *Carolus Magnus*, ‘Carlos el Grande’, rey de los francos (768-814) y emperador de los romanos (800-814), condujo a sus ejércitos francos a la victoria sobre otros numerosos pueblos, y estableció su dominio en la mayor parte de Europa central y occidental. Fue el rey más influyente en Europa durante la edad media. Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

²¹ Dominio y libertad en obrar, sujetando las pasiones a la razón. Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Durante esta época se difumina el Estado, hielga el sentimiento nacional (pueblo), las grandes unidades de dominio territorial terminaron por desfigurar el boceto de Estado, un poder que se fragmentaba a la par con el territorio cuya estructura piramidal del Estado se basa en militares, nobles, caballeros, terratenientes, libres (profesionales liberales), siervos y esclavos, y el gobierno recaía en reinos, señoríos, ducados, jerarquías eclesiásticas, feudos, Burgos y villas. No está demás señalar que existía permanente conflicto entre los poderes temporales de los monarcas con los poderes espirituales o de la iglesia, que intentaron dominar y prevalecer por la fuerza de la espada o del evangelio, convirtiendo en épica esta etapa impregnado de teología e “inquisición”.

El Medioevo, va desde el siglo VI hasta aproximadamente el siglo XIII (según los pueblos), tiene una historia rica en hechos, en modelos políticos y en la gesta de los Estados contemporáneos. Sin embargo, en sí mismo, no cuenta ni con Estado, en el sentido actual y muchas veces ni con gobiernos poderosos como los de la Antigüedad. El poder esta fraccionado y el feudalismo predomina en los lugares más significativos de Europa, en los cuales el señor feudal es dueño de la tierra y máxima autoridad en su territorio. Este puede ser grande o pequeño pero la autoridad no varía sustantivamente, sus características en función de

ellos. El rey (o emperador, cuando lo hay con intermitencias a partir de Carlomagno) no son señores con supremacía y mando. Por el contrario, son a su vez señores que tienen que aliarse y combatir con los otros (según el caso), y logran mantener su trono solo en virtud de un balance favorable de fuerzas y alianzas. Por eso, en el lenguaje común de la historia, se les llama “primo inter París”, es decir, el más importante de los iguales, pero en ningún caso el superior o, como se dirá a partir de fines del siglo XVI, el soberano.

En todo este periodo llamado alta edad media, el derecho es algo sumamente confuso, cada uno de los pueblos que se ubican en Europa asume sus costumbres como reglas de vida e interacción. Los señores imponen ciertas reglas y administran justicia en su calidad de tales, sin otro título, ni particularidad.

Si bien existen ciertas normas comunes que caracterizan al feudalismo, pero en ningún modo son reglas generalizadas ni válidas para extensos campos de lo normativo. La iglesia mantiene una importancia trascendental como guía espiritual y, poco a poco va desarrollando determinadas reglas comunes sobre diversos aspectos que le son particularmente importantes en el ámbito temporal (bautismos, matrimonio, familia, bienes) y con el tiempo ello se resume en el derecho

canónico, de suma importancia para la historia del derecho en esta parte del mundo y aun a esta hora de la historia quedan todavía algunos resabios ya deteriorados del Derecho Romano, cuyas normas se aplican a los latinos que permanecen en los territorios conquistados por los pueblos barbaros, según el principio de aplicación personal del derecho. Todo esto conforma una materia jurídica confusa, superpuesta, fraccionada, en definitiva, algo muy lejano a lo que hoy podemos considerar nuestro derecho, y aun a lo que un ateniense o un romano podían considerar el suyo antiguamente²².

No obstante, casi imperceptiblemente, a lo largo del alta edad media, se produce en Europa una progresiva diferenciación entre los pueblos, cada uno de los cuales va asentando su propia cultura, germinando de esta manera, las nacionalidades ibéricas, los franceses, ingleses, escoceses, alemanes, italianos, húngaros, etc., que en medio de éste sistema autocrático lograron independizar sus ciudades del vasallaje feudal, exigiendo que en una “carta” o “fuero” se reconociera expresamente la libertad de cada ciudad. Así se constituyeron las comunas libres de gobierno electivo y temporal, donde un vasto sector popular entró a

²²una característica del derecho en aquella época era la aplicación no territorial de sus normas. Hoy en día cada Estado tiene su territorio y, en principio salvo excepciones, sus normas se aplican dentro de él (principio de territorial). Antiguamente, a cada persona se le aplicaba el Derecho su origen, no importando donde estuviera ni quien le gobernara (principio de personalidad). Por eso, a los latinos se les aplicaba el Derecho Romano en el Medievo.

intervenir en el gobierno local, por medio del Ayuntamiento o la Municipalidad. Cuyos mecanismo de participación, Sirvieron de base para el establecimiento de las libertades políticas y civiles y a las nuevas formas estatales que surgirían en las postrimerías de la Edad Media ,es conduciendo así Europa a la confrontación de la identidad nacional y al final del Medievo, se podrá hablar ya de sus particularidades y de las diferencias entre sí, en materia cultural, idiomática, consuetudinaria, económica, creándose las condiciones para formar las naciones sobre las cuales se posara el Estado-Nación Moderno. “Cada pueblo a la par de su cultura fue desarrollando sus propias formas de organización política.

Con el surgimiento del Estado moderno se pasa del señor feudal, dueño de la tierra, al propietario, y del siervo de la gleba a proletario, al establecerse como clase social dominante la burguesía en el Estado liberal establece como principios fundamentales: 1) El rechazo ala autoridad arbitraria, la cual surge por si sola y toma el poder por la fuerza de las armas. 2) La libertad absoluta de la persona, que entre otras de sus características de este Estado es el individualismo. Porque hasta en un Estado Liberal la gente era súbdita del rey absolutista. La reacción del individuo que pasa a ser ciudadano era un término impensable en un

régimen absolutista.3) La Propiedad privada, porque es propio de cada ciudadano, en razón de que el Estado no puede quitarle dicho privilegio. Aquí surge el denominado mercado libre, el cual se caracteriza por la permanente vigencia de la ley de la oferta y la demanda, que subsiste sin la intervención del Estado, 4) soberanía, la que actualmente reside en la nación, y no en una persona o en un rey, como ocurría antaño, y 5) Bienestar o bien común.

Las nociones principales del Estado liberal no cuajaron mucho durante el desarrollo político de la época debido a la declaración de la libertad absoluta de las personas, lo cual se interpretó también como un sistema económico totalmente libre (capitalismo feroz) en que el papel del Estado se encontraba prácticamente anulado, pues este no podía ni debía de intervenir. La propiedad privada, la libertad individual y la constitución como el instrumento que las recoge y garantiza mediante el control del poder político con la división de poderes.

Es éste Estado moderno que va desde la revolución francesa y la constitución americana de 1787, llegamos al código de Napoleón de 1804 de trascendental importancia para el Derecho continental o romano canónico germánico y particularmente para el Derecho Civil

peruano a la que se suma el código civil alemán de 1900, cuyas influencias resultan determinantes para nosotros.

En el código civil francés se produce una mezcla entre el antiguo régimen y el derecho nuevo. El antiguo régimen se manifiesta en la definición de la propiedad como suma de facultades (uso y disfrute), recordando así a la propiedad feudal como pertinencias. El derecho nuevo se advierte en la definición de propiedad como un derecho único (abstracto), aplicable a todo tipo de cosas, es la multiplicidad de formas dominiales presentes en el régimen feudal. Por el contrario, en el código civil alemán repugna toda definición de contenido, y su abstracción es total. Resulta difícil desarrollar un concepto único respecto al *derecho de propiedad* debido a que este tema ha sido siempre objeto de interminables y acalorados debates. Sobre la definición de la propiedad privada existen dos grandes corrientes en el derecho comparado. La primera, originaria del Código Civil Francés (Art. 544 CODE: “*Es el derecho de gozar y de disponer las cosas de manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos*”), por la cual se define a la propiedad mediante la individualización de cada uno de los poderes o facultades. La segunda originaria del Código civil alemán (Art. 903 BGB: “*El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de*

terceros no se opongan, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión”), por el cual se define a la propiedad como síntesis de poderes, sin un contenido precisable. La cuestión no es meramente dogmática y puede traer importantes consecuencias de orden práctico, sin contar el elemento histórico subyacente en cada una de estas perspectivas

En ese orden de ideas no quepa duda sobre la función social que cumple el Derecho que básicamente es más que una limitación o una carga que se le impone a ésta desde afuera, pues pasa a constituirse en un elemento esencial de lo que le toca al propietario y, en tal sentido, entra a formar parte integrante del derecho de propiedad, conforme al concepto moderno. Hoy día la propiedad es al mismo tiempo derecho y deber (...), términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que la misma permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien. Por otro lado nuestra constitución política reconoce el derecho “a” la propiedad privada en el artículo 2º Inciso 16º, como un derecho fundamental. De suerte que la delimitación de su contenido correrá a cargo de las leyes ordinarias, teniendo en cuenta en algunos

casos el *bien común*, si bien se ha eliminado la alusión al carácter social. Estas leyes no podrán disminuir su contenido esencial, pues caería dentro del ámbito inconstitucional. Por lo que podemos definir a la propiedad como el derecho real por excelencia, puesto que se trata de un poder otorgado a un individuo por un ordenamiento jurídico sobre una determinada cosa, con las limitaciones establecidas en las leyes basadas en interés y uso público. Las funciones a las que está llamado a cumplir un sistema de derechos de propiedad presuponen que el mismo cuente con tres características: Universalidad; todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás. Exclusividad; lo que significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. Transferibilidad; se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos. Este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter *erga omnes*, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de

propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien²³.

La propiedad es un derecho elástico con doble sentido, pues por un lado, no dejará de ser tal derecho por más que los atributos (goce, uso y disposición) estén momentáneamente reducidos y constreñidos, pero por otro tiene la virtualidad de recuperar su plenitud tan pronto cese la causa limitativa²⁴. Además, el derecho de propiedad es un derecho real, absoluto, elástico, exclusivo e incluyente (excluye a terceros y se produce el efecto erga omnes) además de ser tendiente a ser perpetuo. Por lo que a la luz de nuestro código civil vigente la propiedad es un poder jurídico, diferente al poder económico, del poder de la fuerza, del poder político, del poder bélico, etc., puesto que este adopta muchas formas. Y que en la manifestación que nos interesa es el poder que nace del Derecho y que recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos).

²³BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Los sistemas de transferencia de propiedad*. Op. cit., p. 149.

²⁴Ramírez Cruz, Eugenio María "Tratado de Derechos Reales, Tomo II" Segunda Edición, Abril 2003, Pág. 109.

Cuatro atributos o derechos confieren la propiedad a su titular: usar, disfrutar, disponer y reivindicar: Usar es servirse del bien, así usa la casa quien vive en ella. Usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando desea. Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato (artículo 891 código civil-84). Ejemplo de los primeros son las crías de ganado; ejemplo de los frutos industriales son las cosechas o los bienes que se obtienen de la actividad fabril; y ejemplo de los frutos civiles son los intereses del dinero o la merced conductiva de un arrendamiento. Disponer es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecarlo; otro es abandonarlo o destruirlo. Nos dice también el Código que el propietario puede reivindicar el bien. Reivindicar es recuperar. Esto supone que el bien que esté en poder de un tercero y no del propietario por muchas causas, desde un desalojo o usurpación, hasta

una sucesión en la que se dejó de lado al heredero legítimo y entró en posesión un tercero que enajenó a un extraño, el cual ahora posee. En cualquier caso, el propietario está facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente. Por esto se dice que la reivindicación es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario (poseedor ilegítimo, habría que precisar).

Los atributos clásicos de la propiedad son el uso, el disfrute y la disposición. La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad que es una facultad de la cual goza el titular del derecho real.

El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cual recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos los cuales en conjunto configuran un derecho pleno y absoluto. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos.

Aparte de los atributos o derechos del propietario la doctrina analiza los caracteres de la propiedad, que son cuatro: es un derecho real; un derecho absoluto; un derecho exclusivo y un derecho perpetuo.

En cuanto a lo primero la propiedad es el derecho real por excelencia. La propiedad establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejercita sus atributos sin la mediación de otra persona además la propiedad es erga omnes; esto es, se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada oponibilidad que caracteriza a todos los derechos reales y en especial a la propiedad.

Es también un derecho absoluto porque confiere su titular las facultades sobre el bien ya de usar, disfrutar y disponer. El usufructo, en cambio, no es absoluto pues solo autoriza a usar y disfrutar.

La propiedad es exclusiva, mejor dicho, excluyente, porque elimina o descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo desde luego que el propietario lo autorice. Tan completo (absoluto) es el derecho de propiedad que no deja lugar a otro derecho. La institución de la copropiedad (propiedad que ejercitan varias personas) no desvirtúa este carácter de la exclusividad porque en la copropiedad el derecho sigue siendo uno. Lo que ocurre es que lo ejercitan varios titulares. Estos constituyen un grupo, que es el titular del derecho y que excluye a cualesquiera otros.

Finalmente, la propiedad es perpetua. Esto significa que ella no se extingue por el solo no uso. El propietario puede dejar de poseer (usar o

disfrutar) y esto no acarrea la pérdida del derecho. Para que el propietario pierda su derecho será necesario que otro adquiera por prescripción, como lo establece el artículo 927 de nuestro código civil, que en primer término pone de manifiesto la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con lo cual se declara la perpetuidad del derecho que esa acción cautela; y en segundo lugar dice que la reivindicación no procede contra quien adquirió el bien por prescripción, lo que significa que otro ha adquirido la propiedad.

El artículo 923 parte final del código civil peruano, dice que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Esto requiere de ciertas precisiones: 1) La norma alude al interés social porque cuando se expidió el actual código estaba vigente la constitución de 1979 la cual en su artículo 124 decía que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social y que vigente constitución lo ha reemplazado por la noción de necesidad pública o seguridad nacional declarada por ley en su artículo 70 por lo que debemos entender que el artículo 923 del código civil está modificado. 2) necesidad pública o seguridad nacional entraña el concepto de bien común entendida como el bien general, el bien de todos. El interés social, en cambio, es el que puede tener un grupo social determinado.

Así, por ejemplo, existe el interés de los campesinos, de los empresarios y de quienes viven en pueblos jóvenes.

Otra diferencia es que la noción de bien alude a beneficio a lo que es conveniente. El interés, por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad.3) Como consecuencia de lo anterior, es distinto que el ejercicio de la propiedad armonice con el interés social o con el bien común. En el primer caso, por ejemplo, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos lo cual ciertamente no se daría cuando está de por medio el bien común.4) Otros límites que pueden imponerse al ejercicio de la propiedad resultan de la ley misma. Es decir, la ley puede imponer válidamente límites a la propiedad como por ejemplo la imposibilidad de la disposición total de sus bienes que se impone a un testador que tiene herederos forzosos y la determinación por ley de la rentabilidad de ciertos bienes (caso de las viviendas de bajo costo) y de lo vertido surge la interrogante: ¿cómo se puede explicar que la propiedad sea un derecho absoluto y al mismo tiempo admita limitaciones o restricciones? la respuesta es que comparativamente con otros derechos reales, la propiedad es absoluta porque ningún otro

derecho real confiere todas las facultades juntas tan es así que . pueden estar restringidas pero están todas²⁵.

En nuestros días dentro del derecho civil patrimonial, uno de los temas con mayor relevancia jurídica y de interés no sólo económico sino de orden social, es el tema del derecho de propiedad, puesto que se va incrementando el tráfico inmobiliario por la misma sobrepoblación mundial.

Además del crecimiento económico que actualmente el Perú vive. Según el Fondo Monetario Internacional el Perú seguirá siendo el país de mayor crecimiento económico de Latinoamérica al menos hasta el 2015²⁶. En el mundo contemporáneo, se presenta la escasez de materias primas y recursos naturales, lo que genera la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quién mejor administren. De esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un marco institucional que le permita solicitar tutela y protección. Por tanto mientras no existan medios, mecanismos,

²⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, CODIGO CIVIL COMENTADO, (COMENTAN 209 ESPECIALISTAS EM LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL, Vol. V - DERECHOS REALES) Pág. 137-139.

²⁶<http://elcomercio.pe/economia/487533/noticia-fmi-liderara-crecimiento-economico-latinoamerica-hasta-2015>

instituciones, etc. que garanticen la inversión en una actividad el derecho de propiedad se ve a todas luces desprotegida.

2.2.2. El sistema de transferencia en el derecho de propiedad por la característica, su importante económica y social dentro del sistema jurídico debe ser abordada únicamente en relación a la transferencia de bienes inmuebles dejando constancia que en nuestro ordenamiento jurídico tenemos dos grandes sistemas de transferencia que uno de ellos es el sistema de unidad de contrato (sistema espiritualista, consensual o francés) y el sistema de separación de contratos (alemán o del título y modo).

El primer sistema sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisora de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida, donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de la propiedad no requiriéndose acto complementario. La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, en la circulación de los bienes y al respecto algunos autores señalan que este sistema permite mayor tráfico inmobiliario, dicho sistema tiene su origen en el código francés de 1804²⁷.

Por otro lado tenemos el sistema de la doble causa [sistema del título y modo] en el que se exige de un acto de reconocibilidad social que

²⁷www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente y paralelamente permita acceder a la publicidad de los demás.

Éste sistema incluye a las teorías de la "yuxtaposición del título y el modo o sistema romano y al del sistema registral constitutivo no convalidante, por lo que este sistema entiende por el título al contrato de compra venta y al modo a la tradición.

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

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

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

Sobre resulta importante lo manifestado por Manuel Augusto Olaechea²⁸ sobre el modo de transmitir la propiedad. “Señores: Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, para ello es conveniente precisar que el código civil peruano de 1852 seguía el modelo francés y que a la fecha de entrada vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del código civil francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por el cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoleón, máxime cuando Manuel Augusto Olaechea ya hablaba de una clasificación de bienes registrados y

²⁸Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, p. 3-8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

no registrables²⁹ y si respecto de las cosas muebles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

En derecho romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.

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

El sistema adoptado por el código de Napoleón no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos, así el código italiano (se refiere Olachea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.

El código argentino [artículo 577] establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real. El código brasileiro establece continuando las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.

²⁹www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

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

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

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

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

El sistema de la tradición implantado por el código argentino y por el español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición

como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

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

La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán es conceptual dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o

investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción. Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad³⁰.

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

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

³⁰www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del código civil vigente.

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

Reconozco —claro está— los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a la manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable. Carecemos aún del registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpitante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma³¹.

³¹Manuel Augusto OLAECHEA y OLAECHEA, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, logró graduarse a los 19 años. Conforme a las leyes vigentes de la época no podía ejercer su profesión razón por la cual su padre Dr. Manuel Pablo

Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros. Lo segundo o sea los bienes no inscritos, mientras, no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o reglas semejantes a las que contienen en nuestro Código Civil.

La innovación propuesta permitirá aplicar algunos de los principios del sistema de torrens o germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24, 876 urbanos, 21, 398 rústicos. Siguiendo esa orientación el código civil de 1936, en el Libro Quinto de la sección segunda, alusiva al derecho de las obligaciones relativas a las obligaciones y sus modalidades incluía en ratificación el principio del artículo 1308 del código civil de 1852, siendo la diferencia que el código de 1936 regula de manera exclusiva para los bienes inmuebles. En relación a la transferencia de bienes inmuebles, en el acta de la comisión

Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para que continúe sus estudios en derecho con los mejores juristas de Paris-Francia. Magdalena del Mar, 11 de Agosto de 1925

correspondiente a la 120 sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó su ya famoso memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto al sistema francés (con reforma introducida por ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que se los sistemas argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revertir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

En la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, Solf y Muro presentó un memorándum a la Comisión, en la que resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad, en ella resume su posición³¹ ³², la misma que según estadística llevada en el registro de propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

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

de la ilustrada ponencia del señor Olaechea³² consideramos como un importante aporte dentro de nuestro sistema de transferencia. En esa misma sesión, Pedro M. Oliverira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que sea posible hacerlo que:

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

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf y Muro señalaron que el principio de la inscripción en el Registro como condición indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativa y doctrinarias que lo conduzcan a proponer a la comisión³⁵ rechazar la fórmula alemana y suiza –a pesar de considerar superior la primera sobre la segunda. Y optar por la brasileña.

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José Calle, presentó por escrito sus apreciaciones sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro y concordaba con la posición de Olaechea. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía

³²COMISION REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, Actas de sesiones. Fascículo quinto, pág. 19 y 20. Lima Imprenta Castillón. 1928. Actas de sesiones. Fascículo quinto, pág. 34.

mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de las inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo su inclusión en el proyecto de debate³⁸. La creación de este registro únicamente convirtió en declarativo mas no en constitutivo el derecho de propiedad, razón por la cual por la sólo obligación de enajenar se transmitía la propiedad. Esta postura que adoptaba el sistema peruano para Juan José Calle era la más apropiada y acorde a la realidad peruana. Tras varios debates, la Comisión encargada de la elaboración del Código Civil de 1936 decide mantener el sistema espiritualista. Así, en dicho cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía que “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”.

En tanto nuestro vigente código regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos

Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Sub-Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículo 947 [La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente] este artículo trata de la transferencia en bienes muebles que también voces sobre la modificación y que su sistema de inscripción sea también constitutivo y sea modificado el artículo pertinente) y 949[La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario].

En nuestra sociedad es costoso hablar de registro, por lo que pretender imponerlo puede evitar que los bienes circulen y la riqueza fluya, en especial si, para colmo, esa imposición fuese indirecta, a partir de una norma que no garantiza la seguridad jurídica sino que crearía una situación paralela e informal.

Ahora propiamente nos centraremos en lo establecido por el Art. 949 del Código Civil, refiere que la sola obligación de enajenar un bien inmueble hace propietario a su acreedor, por lo que se entiende que no exige ninguna forma o complemento para el cumplimiento de la ejecución de prestación, por lo que aparentemente sólo con la celebración del contrato (escrito o verbal) automáticamente se genera la obligación de ejecución

por consiguiente el cumplimiento del mismo. Dejándose vacío la forma o el modo de ejecución. Nuestro actual ordenamiento jurídico adoptó el sistema romano-germánico, y en el derecho romano el sistema de transferencia exigía la *traditio*, en nuestro código civil no exige, para el caso de bienes inmuebles tal condición sino el efecto traslativo del dominio es automático.

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

Gastón Fernández señala que un sistema de transferencia debe permitir “el consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar –en un sistema jurídico dado– las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este

modo, maximizar la circulación de la riqueza, reducir o eliminación de riesgo de un nom domino”

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

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

Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente a quien goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y por tanto, su decisión debe basarse en determinados criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del Derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que

no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien) y de un relativo bajo coste en relación con el valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad, de lo contrario estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye”.

Es cierto que el consenso como principio traslativo permite que se genere más rápido y en mayor cantidad la riqueza inmobiliaria pero ¿que trae ello consigo?; al ser el acuerdo lo único que valida la transferencia, dicha riqueza resulta efímera en cuanto no es totalmente seguro que lo adquirido se haya adquirido definitivamente y por lo tanto termina siendo un empobrecimiento, pues lo gastado para adquirir el bien se perderá. Ello sucede en los casos de adquisición de un *non domino* (un no propietario, un simple poseedor, un tenedor, un poseedor precario, un servidor de la posesión, un estafador, un aparente poseedor, o cualquier individuo que pretenda aprovecharse de quien quiere adquirir), tales supuestos sin duda, se produce con frecuencia, lo adquirido se constituye en una simple riqueza, patrimonio sujeta a la suerte, que en adelante, se busca, que no nos veamos afectados con ninguna nulidad del contrato por el que se

adquirió el bien inmueble o éste bien se encuentre sujeto a gravámenes que no conocíamos en su oportunidad, más cuando la seguridad jurídica está sujeto a los ingresos económicos de cada familia. Ello implica que tenemos un sistema de transferencia de bienes inmuebles no publicístico en consecuencia no permite excluir a tercero y ello a todas luces no incentiva el libre intercambio de bienes, dejándose así de lado uno de las funciones modernas del Derecho, que es la de brindar seguridad jurídica a los propietarios de un bien inmueble. Es así que nuestro actual sistema de transferencia, no permite mayor y seguro tráfico inmobiliario, sino únicamente con mayor frecuencia de inseguridad Jurídica, principalmente a los ciudadanos de escasos recursos económicos³³.

2.2.13. Seguridad jurídica y el efecto *erga omnes* en la transferencia de bienes inmuebles.

La seguridad jurídica objetiva consiste en saber que el derecho que conocemos protege nuestro interés objetivo, (vida, *propiedad*, y libertad) ya que nos concede un margen de tranquilidad psicológica, que es en lo que estrictamente consiste el valor de la seguridad jurídica. Como manifiesta Álvarez González: “*Tenemos seguridad jurídica, sólo, si el derecho que conocemos protege, también, nuestro interés, y no sólo por*

³³De la Puente y Lavalle, mencionado por Max Arias SchreiberPezet en “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984” Tomo III, Lima 2000

el mero hecho de conocer bien un Derecho, de estar seguros de lo que éste dice. Por lo que podemos decir también, entonces, que tenemos, o no, seguridad jurídica; y no que hay, o no hay, seguridad jurídica, pues lo mismo que la hay, siempre, para unos, no la hay o la hay más limitada, siempre también, para otros". El Tribunal Constitucional sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad³⁴. En esta sentencia el Tribunal Constitucional ha reconocido que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, ha sido cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extra

³⁴. En el Expediente N.º 016-2002-AI/TC. 46 (Exp. 04-1997-AI/TC).

registral. Con esta premisa, y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además es necesario también señalar, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren. Por ello podemos señalar que seguridad jurídica, aunque no se encuentre expresamente regulada en la constitución, se desprende que es un derecho fundamental de todo ciudadano y elemento consustancial del Estado de Derecho Constitucional.

La seguridad es uno de las grandes funciones del derecho; seguridad que exige certidumbre y dicha certidumbre otorga los registros públicos. Además la doctrina hace distinción entre la seguridad jurídica estática y dinámica. Se ha señalado en muchas oportunidades que el derecho debe defender, por una parte, la llamada seguridad estática, es decir

proteger al derecho habiente, o a la relación que existe entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que inmiscuyen en esa relación; y, por otra parte la seguridad dinámica, o de tráfico, procurando brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de riqueza, aspecto este último que se proyecta en dos vertientes: Los acreedores del enajenante, que contaban con el patrimonio de ese sujeto como garantía de sus créditos y que no sean burlados por enajenaciones fraudulentas; y los adquirientes, no deben estar expuestos a sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado o embargado. Juan Vallet de Goytisolo, nos habla de la existencia de “dos intereses dinámicos: el del crédito y el del comercio propiamente dicho. Un adquiriente de cosa mueble frente a un acreedor a quién se ha garantizado con esta misma cosa la satisfacción de su crédito” , la distinción entre unos derechos que pueden ser opuestos a todos los individuos y otros que pueden ser opuestos a algunos resulta, a estas alturas del discurso dogmático, caduca. En efecto, partiendo de la consideración de que todos los derechos subjetivos no constituyen otra cosa que medios de realización o satisfacción de intereses, no es posible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelven, tal como lo quería

la doctrina clásica; pues debido a que tales intereses se ubican en un plano de convivencia, es absolutamente posible que cualquier tercero provoque su lesión, de donde se deduce la necesidad de que todos los derechos subjetivos puedan ser opuestos a cuanto individuo esté en aptitud potencial de lesionarlos” Muchos de los que cuestionan la posibilidad de que el contrato pueda generar efectos reales se basan en que los contratos no pueden generar nunca efectos absolutos, ya que sus efectos sólo son oponibles inter partes. Esta manera de visualizar los efectos del contrato tiene su base en la antiquísima clasificación de los derechos subjetivos que los distingue entre absolutos y relativos. Pero en realidad no pueden hacer valer frente a cualquier persona y que son relativos aquellos otros que, por el contrario, sólo pueden oponerse frente a ciertos sujetos. Pero, dicha manera de clasificar a los derechos subjetivos ha sido sólidamente cuestionada por un sector muy autorizado de la moderna doctrina.

En efecto, desde un inicio dicha clasificación no fue unánimemente admitida en la doctrina, ya que se ponía continuamente en duda la existencia de derechos subjetivos que carezcan de relevancia general. Siendo así, un sector importante-aunque también minoritario- de autores europeos a inicios del siglo pasado intentaron, en base a diversas

concepciones acerca del derecho subjetivo, hacer caer la mentada clasificación. En nuestro sistema jurídico peruano, entiende que el efecto erga omnes, se produce con la sola celebración de un contrato, pero que en realidad que nuestro criterio, no siempre tiene eficacia práctica y su eficacia muchas veces termina desvaneciéndose frente a la oponibilidad registral.

2.2.14. La oponibilidad registral y la publicidad registral.-

Como mecanismos de seguridad jurídica es otro tema necesario en nuestra investigación para abogar una discusión de resultados apropiado ya que la seguridad jurídica tiene a la publicidad como uno de los instrumentos que garantiza su eficacia a través de efecto *erga omnes*.

El conocimiento o información generales un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidad en el derecho; donde la posesión se diferencia nítidamente de la publicidad registral porque este último constituye un mecanismo más eficiente para oponer derechos. Sin embargo, no podría considerarse a la registral como última fase de desarrollo de la publicidad. A decir de Tirso Carretero de tiempo en tiempo la publicidad (...) sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse...,para

luego resurgir remozada, acomodada a los nuevos requerimientos sociales, muchas veces reforzada “para vengarse del periodo de loca clandestinidad”. La inscripción registral, nos permite no sólo con facilidad informarnos sobre la real situación jurídica del bien inmueble inscrito, sino también que terceros, a través del efecto erga omnes, respeten nuestro derecho de propiedad. La inscripción registral no acredita la titularidad del bien inscrito y menos que dicho bien inscrito corresponde al área o perímetro que se indica en la inscripción más cuando nuestro sistema registral es declarativo.

La moderna doctrina distingue entre registros de seguridad jurídica y registros de información administrativa³⁵. Los registros de seguridad jurídica presentan como características esenciales la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y cognoscibilidad general.

A su vez, los *registros* de información administrativa constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc. es decir: todo registro de seguridad jurídica se distingue por su publicidad y eficacia sustantiva, es decir, por la oponibilidad de las situaciones jurídicas que

³⁵www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 19

publicita, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral. Asimismo, esta exteriorización no se agota en un solo acto sino que permanece en el tiempo y sirve de sustento a aquellos que pretenden acceder al registro; siendo que, en tanto se encuentre vigente el asiento registral surte plenos efectos legales.

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

La regla que establece la norma del artículo 2022 del código civil, para la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, no está destinada a probar el mejor derecho de propiedad sobre un bien sino a determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan. En relación a los efectos jurídicos de la inscripción de documentos existen tres sistemas; el constitutivo, el declarativo y el sustantivo. En el sistema constitutivo se da la constitución de derechos hasta que el documento logra su registración, de tal manera que para que quede constituido el derecho, deberá quedar inscrito el documento. En el sistema declarativo, que es el que sigue nuestro país para los Bienes Inmuebles y Muebles, se llama así, por cuanto reconoce la preexistencia de los derechos reales, el derecho real se crea, se modifica o se extingue fuera del Registro Público. Se puede presumir que lo que no aparezca en los asientos registrales, no existe en la realidad jurídica, disminuyendo así considerablemente las posibilidades de fraudes y engaños pues los efectos contra terceros comienzan desde el instante de la presentación del título al Registro Público [...]. Frente a la concurrencia de derechos reales o no reales, en relación a un mismo bien inmueble, en la actualidad se le da mayor prevalencia, preferencia y prioridad al que esté inscrito con anterioridad,

además la inscripción de dicho derecho exige que sea un acto oneroso. Como conclusión de lo expuesto, podría decirse que las dos posturas aceptables en torno a este tema son la referida a la adquisición a *non domino* y la relativa a la adquisición a *domino* en su primera variante. Sin embargo, debe recordarse que la transmisión normal de un derecho exige negocio válido y titularidad pre existente. En las adquisiciones a *non domino* falta este segundo requisito (titularidad del transferente, por lo cual la ley suple su ausencia haciendo eficaz el negocio transmissivo válido y expropiando de su derecho al titular real que no lo hizo constar en el registro.

En la adquisición *anon domino* hay título, pero no hay poder de disposición. El negocio celebrado entre el titular aparente y el tercero es perfectamente válido; sin embargo, ocurre que el mecanismo es completamente ineficaz por sí solo. Y en efecto, la ley subsana la inexistencia del segundo requisito en forma muy parecida a lo que ocurre en los supuestos de usucapión ordinaria (con justo título y buena fe. Se trataría siempre de un supuesto de adquisición legal, aunque dependiendo de los autores podría hablarse de que esta es originaria o derivativa.

En relación la primera variante de la adquisición *a domino*, esta considera que el derecho del primer acreedor se resuelve o extingue frente al segundo acreedor inscrito, por lo cual este adquiere del verdadero titular, por cuanto la consumación de la causal resolutoria convierte al vendedor nuevamente en dueño, encontrándonos en presencia de una adquisición voluntaria y derivativa *a domino*. Definitivamente, se trata de una teoría discutible por el excesivo conceptualismo jurídico y en este sentido, es preferible la doctrina de la adquisición *a non domino*.

No obstante, a poco de profundizar en ambas posiciones se notara que las divergencias son más aparentes que reales. Así pues, en ambas se reconoce al primer comprador aun no inscrito como dueño pleno del bien inmueble adquirido, solamente que su adquisición no está asegurada, y por ello es posible la existencia de un segundo comprador preferido en virtud a la inscripción de su derecho, en cual, a su vez, pasara a ser titular pleno.

En ambos casos, es necesaria la existencia de adquisiciones derivativas, ya que incluso en las adquisiciones *a non domino* es imprescindible un contrato transmisivo valido. Por lo que resulta valido preguntarse ¿Cuál es diferencia entonces?, simplemente, lo que ocurre es que en las

adquisiciones *a non domino* el gran protagonista de este fenómeno jurídico, es la ley misma buscando titular la apariencia, mientras que las adquisiciones *a domino* el protagonista viene a ser la voluntad de las partes manifestada en el negocio celebrado entre el vendedor y el segundo comprador, pero con la colaboración de la ley, que extingue la primera venta para tutelar la apariencia en la que confía el segundo comprador. La diferencia entre ambas doctrinas es aún más pequeña si tenemos en cuenta que, en cualquiera de ellas, el substrato existente en la adquisición es siempre un negocio jurídico válido, el cual sirve de justificante de la atribución patrimonial, solo que en un caso el protagonismo se lo lleva la ley, y en el otro se lo lleva siempre la voluntad de las partes, más la necesaria cooperación de la ley.

En nuestro criterio la teoría que mejor explica este fenómeno es aquella de la adquisición *anon domino*.

Las razones de esta toma de posición pueden encontrarse en que el transmitente que no goza de poder de disposición por cuanto este no puede depender de un hecho ajeno a él, como es la buena fe de la otra parte, todo lo cual permite deducir que el elemento relevante no es el transmitente, sino la situación de hecho en la que se halla el tercer adquirente de buena fe.

Aquí, la cuestión dogmática pasa a segundo plano al tratar de solucionar problemas prácticos comunes a todos los ordenamientos, por cuanto el conflicto de la doble venta, no solo está presente en los sistemas consensualísticos (Francia, Italia, Perú), sino también entre los que acogen el sistema del título y modo (España). En buena cuenta:

Los ordenamientos de nuestro entorno resuelven todos de la misma manera este conflicto, demostrando que los hombres y sus problemas son mucho más universales de lo que se pudiera pensar, relegando a la doctrina y sus discusiones sobre el título y el modo, el consentimiento productor del efecto transmisivo y otros rubicones dogmáticos a un humilde segundo plano. Pero, a su vez, en tal segunda fila, la doctrina no puede renunciar a desenvolver su inherente cometido: debe comprender y, luego, explicar el cómo y por qué de la situación práctica y con ello,

¿Quién lo niega? También puede aportar su pequeño grano de arena a la propia praxis jurídica.

2.2.15. Mecanismos legales de protección del acreedor preferido.- La situación de incompatibilidad existente entre dos compradores o acreedores sobre un mismo bien inmueble, debe ser resuelta de alguna u otra manera, ya sea prefiriendo al primer contratante, al primer poseedor o al primer inscribiente. El derecho no puede inventar la realidad, y si

solamente existe un objeto, entonces solo puede existir un acreedor preferido. Este problema busca ser solucionado a través de la figura de la doble venta o de la concurrencia de los acreedores [Artículo 1135° y 2022° del Código Civil], de tal manera que uno de los adquirentes sea preferido, mientras que el otro u otros, si es más de uno queda excluido de la protección y debe conformarse subsidiariamente con las acciones civiles indemnizatorias o penales.

Efectivamente no existen dudas respecto a que el comprador preterido puede dirigirse contra el vendedor en reclamación de indemnización, aunque el artículo 1135° del Código no diga nada al respecto. Por lo tanto, la discusión se centra en determinar la naturaleza de la acción pertinente. En el derecho peruano, Osterling, señala que el acreedor de buena fe burlado, podría ejercer, adicionalmente acción indemnizatoria contra el deudor y el acreedor de mala fe

El supuesto estudiado puede tener diversas variantes; en primer lugar si el bien fue entregado al segundo comprador, pero resulta preferido el primero por virtud de la inscripción, aquel puede reclamar del vendedor el saneamiento por evicción, en tanto ha sido privado del bien transmitido en virtud de un mejor derecho preexistente a su título adquisitivo.

En segundo lugar, si resulta preferido el segundo comprador, aunque haya tradición a favor del primero, resulta de alguna manera dudosa la procedencia de la evicción, pues esta figura entra en juego cuando se priva al comprador de todo o parte del bien por sentencia firme y en virtud a un derecho anterior a la compra. En este sentido el artículo 1491º de nuestro Código Civil establece: Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de un tercero, anterior a una transferencia. Comentado esta norma, Arias Shreiber señala que el derecho del eviccionante debe ser anterior a la transferencia efectuada a favor del adquirente, ya que el transferente no podría responsabilizarse por el derecho inexistente de un tercero cuando hizo la transferencia. Siguiendo este criterio restrictivo, y como el derecho del segundo comprador (escribiente) es posterior al del primero, entonces no podría hablarse de un saneamiento por evicción y por ello un sector de la doctrina entiende que la responsabilidad del vendedor es extracontractual.

Así opinan Cano Tello, García Cantero, Petit Segura y Navarro Castro, frente a esta dudosa tesis, se ha respondido enérgicamente que el primer

comprador defraudado sí goza del saneamiento aunque la evicción se hubiese en un derecho posterior a su compra, por cuanto la patología contractual es imputable directamente al vendedor. Un ejemplo típico de este caso es la doble venta, en donde el segundo comprador acude antes al Registro de la Propiedad. Para evitar inconveniente derivado del derecho positivo, la doctrina española –por ejemplo- se ha limitado a señalar que se trata de un supuesto excepcional en donde la mala fe del vendedor lo hace automáticamente responsable en cuanto incumple su obligación de transmitir el dominio. Otros intentan eliminar el escollo legal mediante la subsunción de la hipótesis en la regla general del incumplimiento contractual, resultando procedente la resolución del contrato más la indemnización de daños y perjuicios.

En cualquier caso, la gran mayoría de la doctrina se inclina por considerar que esta hipótesis cae de lleno en el ámbito de la responsabilidad contractual, puesto que el vendedor al enajenar en dos ocasiones el mismo bien o derecho, contraviene claramente la obligación fundamental impuesta por el contrato: transmitir la titularidad del bien o del derecho a favor del comprador (obligación de dar en propiedad). Si este acreedor preterido es un acreedor injustamente insatisfecho, en aplicación de una lógica elemental deberá contar con

todos los remedios tradicionales que integran la tutela represiva del crédito. Si el acreedor preterido ni siquiera llegó a entrar en posesión del bien comprado, podrá apoyarse en la resolución por incumplimiento total, mientras que si dicho acreedor llegó a gozar de la posesión podrá instar –normalmente- el saneamiento por evicción cuando su adquisición sea resuelta por virtud del título inscrito.

En el Derecho peruano, efectivamente, también puede utilizarse la acción resolutoria por incumplimiento (artículo 1428º del Código Civil) o las reglas de saneamiento, debiendo resaltarse que aquí se ha salvado el problema de aplicación de la evicción – por el requisito de privación de la adquisición por derecho anterior a la transmisión-, mediante la expresa incorporación del “saneamiento por hecho propio del transferente”, en donde el transferente se encuentra obligado a un deber especial de abstención respecto del adquirente, como consecuencia inevitable de la buena fe exigible en todo contrato. El enajenante está impedido de practicar cualquier acto que prive al adquirente del uso de la cosa transmitida, pudiendo tratarse de perturbaciones de hecho o de derecho.

En buena cuenta, el vendedor se encuentra obligado a proteger al comprador contra toda perturbación, por lo que el mismo vendedor no puede ser el causante de la turbación, y si bien no corresponde

propiamente la evicción por tratarse de un derecho de tercero posterior a la transferencia; entonces, el remedio civil se consigue a través del saneamiento por hecho propio del transferente cuyo presupuesto de aplicación se halla en la existencia de una turbación posterior al contrato de transferencia.

En consecuencia, si el segundo comprador es privado de la propiedad por causal anterior a su adquisición (ejemplo: una primera venta inscrita, también celebrada con anterioridad, en conflicto de una sucesiva venta), entonces resulta procedente el saneamiento por evicción. En cambio, si el primer comprador es privado de la propiedad por causal posterior a su adquisición (segunda venta que llega a ser inscrita antes), entonces procede el saneamiento por hecho propio del transferente. Justamente esta figura surge en el nivel doctrinario y legislativo [Código Civil Italiano de 1942] como un mecanismo para evitar la estéril distinción entre el hecho anterior o el hecho posterior a la transmisión de la propiedad. Con esta doctrina se descarta que el comprador afectado por hecho posterior se vea obligado a recurrir al remedio de la acción por responsabilidad extracontractual, y claramente es un supuesto pensado para los casos de doble venta o concurrencia de acreedores:

La responsabilidad por la evicción procedente del hecho del vendedor, tiene lugar también (aunque más raramente) en caso de que el vendedor, después de haber vendido la cosa al comprador, la venda por segunda vez a otra persona, la cual (...) (si se trata de cosa inmueble o de mueble registrado) consiga transcribir el acto de venta antes de quien es comprador de fecha anterior...

Aquí operan en las relaciones entre los dos sucesivos compradores, las reglas (...) de que adquiere quien primero tenga la posesión o, respectivamente, quien primero inscriba, de manera que el primer comprador no adquiere el derecho, o sea que queda sujeto a la evicción. Por esto – en cuanto el vendedor ha dado causa, o contribuido, a la adquisición del derecho predominante del segundo comprador – pone en sí, precisamente un caso de evicción por hecho del vendedor, en las relaciones entre el vendedor y el primer comprador”.

En este sentido, la doctrina es prácticamente uniforme al establecer que la propia obligación de saneamiento por hecho propio no fue sino una construcción ad hoc, que pretendía justamente vencer la dificultad que entrañaba la desmedida reverencia al novedoso requisito de la anterioridad. Con ella, de una forma práctica que tuvo éxito y se conseguía responsabilizar al vendedor en hipótesis que, extramuros del

ámbito operativo tradicional de la obligación de saneamiento, lo pedían a voz en grito.

La admisión del “saneamiento por hecho propio del transferente” en el Código Civil Peruano se justifica, precisamente, para cubrir aquellos supuestos en donde existen dudas respecto a la aplicación del saneamiento por evicción (por tratarse de privaciones ocasionadas por hechos posteriores a la transferencia). Sin embargo, existe una cuestión que si resulta francamente criticable. Las dos figuras (saneamiento por evicción y por hecho propio) son prácticamente idénticas, salvo la particularidad de que la evicción se produce por hecho anterior y no posterior, lo que en realidad no justificaba un tratamiento diferenciado. Hubiera sido preferible que el legislador nacional contemple la figura de “saneamiento por hecho propio del transferente” como un supuesto mas (si se quiere, especial) de la evicción. El Código Italiano, fuente inspiradora de nuestro Código en este punto, lo hace así, en tanto contempla el llamado “saneamiento por hecho del vendedor”. Dentro del ámbito general de la evicción. Por claridad sistemática hubiera sido realmente preferible que nuestro Código adopte la misma actitud, siguiendo decididamente el modelo legislativo italiano. Téngase en cuenta que cualquiera de los casos, el fundamento de la responsabilidad

por evicción se hace consistir en la no -conseguida finalidad de la compra venta por parte del comprador; o sea en la falta de adquisición de la titularidad del derecho por efecto del incumplimiento del vendedor, con lo que se quiebra el sinalagma funcional. El efecto genético del contrato se agota, normalmente, cuando este haya dado lugar a la relación obligatoria o al derecho real. Se habla, entonces, de un sinalagma genético. Pero no siempre un contrato está limitado a un ciclo de vida tan restringido. Cuando se trata del nacimiento de una relación con prestaciones recíprocas y, especialmente cuando tenga una ejecución continuada o periódica, el contrato permanece con vida, como fuente reguladora del ulterior desarrollo de la relación, hasta que se agote la relación jurídica (el llamado sinalagma funcional). La diferencia entre sinalagma genético y sinalagma funcional se puede establecer, también, diciendo que en cuanto al primero el contrato establece la interdependencia entre las obligaciones en el momento del perfeccionamiento del contrato, mientras que en cuanto al segundo, tal interdependencia se establece entre las prestaciones a efectuar.

En este sentido, recuérdese que la obligación principal del vendedor es “entregar el bien en propiedad” derivándose de ello que la obligación de entrega no se agota con el mero traspaso posesorio, sino más bien debe

admitirse que dicha obligación de entrega se prolonga con el deber de saneamiento. Por tal razón, el doble vendedor queda comprometido frente al comprador pretérito en virtud al saneamiento por evicción, sea en su modalidad natural, o sea en su modalidad de hecho propia del transferente. El contrato de compra venta no solo genera para el vendedor una obligación de entrega (no estamos ante un contrato de arrendamiento o de depósito), sino que convierte jurídicamente debido el resultado adquisitivo proyectado, mediante un vínculo obligatorio que abarca y no se agota en la simple exigibilidad de la entrega. Es precisamente este vínculo el que tiñe de incorrección e ilicitud el posterior acto de enajenación del que ya era vendedor, sino hubiera obligación de transmitir del vendedor, ¿Cómo se podría sostener que el mero acto de concluir un contrato de compraventa es un ilícito? La naturaleza contractual de la responsabilidad del doble vendedor es más que evidente.

2.2.16. Responsabilidad del acreedor preferido frente al acreedor preferido.-

En el derecho italiano, especialmente, se ha admitido la posibilidad que le comprador preterido se dirija contra el acreedor preferido cuando este

haya conocido de alguna manera la existencia del primer título. Como ya hemos visto, la gran mayoría de los autores italianos consideran que la primacía del primer inscribiente no se halla condicionada a su buena o mala fe, con la consecuencia de que un segundo comprador de mala fe con transcripción anterior resultara siempre protegido.

Para evitar el resultado socialmente intolerable, la doctrina italiana reacciono de muchas maneras. Como la ley no puede evitar que se premie a los oportunistas, entonces se buscó encontrar algún paliativo y este no es otro que imputar responsabilidad extracontractual al acreedor preferido frente al acreedor preterido. Por tanto, este supuesto de hecho tiene vital importancia en los ordenamientos jurídicos, en donde la protección registral no requiere de buena fe.

En primer lugar, se consideró nula la segunda venta, y su transcripción, si había sido realizada con fraude del primer comprador. La jurisprudencia, sin embargo, puso en duda la existencia de una acción de nulidad, por lo que la doctrina italiana acudió al artículo 1235^o del Código Civil de 1865 regulador de la acción paulina, para fundamentar la ineficacia de la segunda venta en la insolvencia en la que se colocaba el vendedor al no poder cumplir con la obligación asumida en el primer contrato. Sin embargo, el debate no ceso por cuanto algunos autores

negaron uno de los requisitos de la acción paulina, cual es, la preexistencia de un crédito a la enajenación impugnada, ya que en la hipótesis de la doble venta, el crédito del primer comprador se funda en la sobrevenida evicción, y consecuentemente surge solo en el momento de la transcripción de la segunda venta; y también porque es un requisito de la acción paulina que el bien enajenado sea de propiedad del deudor, mientras en la doble venta la propiedad es ya del segundo comprador inscrito. Algunas de estas objeciones fueron dejadas sin efecto cuando el artículo 2901^o del Código Civil de 1942 regulo la acción paulina admitiendo su ejercicio, incluso contra un acto anterior al nacimiento del crédito cuando dolosamente se haya llevado a cabo con el fin de perjudicar su cumplimiento, lo que ha llevado a una buena parte de la doctrina italiana [Carraro, Luigi Ferri, Rosario Nicolo, Domenico Rubino, entre otros] a admitir el ejercicio de la acción paulina por parte del primer comprador pretérito frente al segundo comprador preferido por la transcripción fraudulenta, aun cuando solo se trate de una acción personal. Un minoritario sector doctrinal [Mariconda, Luigi Ferri] consideran posible ejecutar la acción personal de resarcimiento directamente sobre el bien salido fraudulentamente del patrimonio del deudor. Sin embargo, muchos autores italianos consideran improcedente

la acción paulina para dejar sin efecto la segunda venta y su transcripción. Ugo Natoli descarta la paulina porque la adquisición del segundo comprador no es a título derivativo, sino originario. Roberto Triola opina que el enajenante no empobrece su patrimonio con la segunda enajenación, por cuanto el bien enajenado ya había salido de él con la primera. Las voces discrepantes parecen haber encontrado otra solución dogmática con el apoyo de las decisiones jurisprudenciales, las cuales han venido concediendo al primer comprador (preterido) la tutela extracontractual con base a la lesión de su derecho de crédito por parte del segundo comprador, aunque haya negado la posibilidad, mantenida por algunos [por ejemplo: Busnelli], de que a la tutela del primer comprador puede ser a través de un resarcimiento en forma específica, esto es, mediante la atribución directa de esta al bien.

El supuesto de la doble transferencia inmobiliaria es uno de los casos en que la jurisprudencia, sin haber norma expresa sobre el particular, reconoce la resarcibilidad del daño en virtud a la tutela extracontractual de un derecho de crédito, cuando el dañador induce dolosamente al incumplimiento por parte del deudor ocasionando perjuicio al acreedor insatisfecho. Por eso se dice que: El caso paradigmático es la adquisición, por parte de un tercero, de un bien inmueble que el

enajenante ya había vendido a otro (a pesar de lo cual, el tercero inscribe en primer lugar), o que ya había sido prometido en venta o alquiler a otro. El problema que se ha presentado muchas veces, incluso en épocas no tan recientes, ha sido el de establecer si el primer adquirente o promisorio puede de andar el resarcimiento de los daños, no solo frente al vendedor, sino también frente al tercero, por su complicidad en la violación del contrato. Se podría objetar que las dos hipótesis – la doble transferencia inmobiliaria y la violación de la promesa -, no están vinculadas entre sí, porque en la primera no está en cuestión un concurso del tercero en la violación del contrato, sino más bien en la lesión de un derecho real (del primer adquirente); en cambio en el segundo supuesto (violación de una promesa de venta), lo que está en cuestión es, justamente, la participación en el incumplimiento de una obligación contractual. Sin embargo tales apreciaciones se vinculan con la tradicional contraposición entre los derechos reales, como los derechos absolutos, y por lo tanto, caracterizados por su carácter oponible erga omnes, y los derechos de crédito, como derechos relativos, y por lo tanto, solo oponibles al deudor. Como es sabido, y para los fines de la determinación de la responsabilidad por hechos ilícitos, esta contraposición ha terminado siendo dejado de lado por la jurisprudencia

(...). Las mayores objeciones para una afirmación de la responsabilidad del tercero, que si son comunes a las dos hipótesis, derivan, más bien, del régimen de la publicidad inmobiliaria. En efecto, se podría pensar razonablemente que la primacía concedida por la ley al segundo adquirente que inscribe en primer lugar, con prescindencia de cualquier indagación sobre la buena o mala fe del mismo (véase, art. 2644^o código civil Italiano.), es incompatible con la afirmación de una responsabilidad aquiliana de este, fundada en su concurso en la violación de un contrato. En otras palabras, del juego de reglas obre la inscripción se podría deducir la inoponibilidad del contrato deducido por el tercero, y por lo tanto, la ausencia de responsabilidad de este último, por haber creado un obstáculo al cumplimiento del contrato. Sin embargo todo ello se presta a abusos por parte de terceros de mala fe, y favorece los fraudes. Por otro lado, una interpretación tan mecánica de las reglas de publicidad registral no es suficientemente segura. Por el contrario, se puede considerar que dichas reglas no están dirigidas a favorecer al tercero de mala fe, sino más bien a favorecer la ulterior circulación del bien, porque la hipótesis en que el segundo adquirente transfiere, a su vez, el inmueble, su acreedor adquirirá legítimamente.

La jurisprudencia italiana viene considerando los fraudes que ocasionan daños al primer adquirente, pero al mismo tiempo se considera insuficiente la prueba de mero conocimiento de la venta anterior por parte del segundo comprador. Sin embargo, existe una tendencia hacia la extensión de la responsabilidad, para comprender al tercero que actúa como cómplice del incumplimiento. Incluso esta toma de posición puede ser implícita, en cuanto se tiende a facilitar la prueba del fraude, lo que llega hasta la presunción del propósito fraudulento, aunque en Italia, por lo menos, todavía se está lejos de una responsabilidad del tercero fundada en el simple conocimiento de la existencia de una adquisición anterior o de una precedente promesa de venta.

En efecto, la jurisprudencia no recurre jamás a una presunción de conocimiento del crédito preexistente, siempre se requiere el conocimiento efectivo de la venta anterior, a la cual se le adiciona una presunción de dolo, es decir, de concierto fraudulento, cuando existe una lograda demostración del conocimiento de dicho crédito y de un conjunto de circunstancias adicionales.

A pesar de la inscripción constitutiva en el derecho alemán, también en ese país se concibe por parte de la doctrina y jurisprudencia que el primer comprador pueda dirigirse contra el segundo, cuando este haya

preferido en virtud de la inscripción, pudiendo plantearle una reclamación de indemnización del daño, todo ello con base en el párrafo 826 del BGB, a cuyo tenor quien dolosamente causa un daño a otro en forma atentatoria contra las buenas costumbres está obligado a la indemnización. Es necesario hacer dos precisiones: 1) el párrafo 826 se considera aplicable a la doble venta en cuanto haya existido inducción al quebrantamiento de un deber contractual ajeno, pero no solo se entiende que la conducta del segundo comprador es contraria a las buenas costumbres si concurren circunstancias especiales, sea que se haya empleado medios reprobables, sea que la inmoralidad resulte del fin perseguido. No basta la mala fe, esto es, que el segundo comprador conozca la existencia del primer contrato de compraventa. El profesor alemán Dieter Medicus señala como ejemplo de contravención a las buenas costumbres que el segundo comprador haya determinado la transgresión del contrato por el vendedor mediante recursos especiales, como la promesa de liberarle de las acciones de resarcimiento. 2) la errónea creencia de que artículo 1135º código civil surte efectos exclusivamente obligacionales. Frecuentemente se sostiene que el artículo 1135º del código civil constituye una norma de carácter meramente obligatoria en el problema del concurso de acreedores. Para

ello, se sostiene, en primer lugar, que esta norma se encuentra incluido dentro del capítulo de las obligaciones de dar y en consecuencia, su ámbito de aplicación se concentra en determinar el acreedor preferido en la entrega del bien. Así se ha dicho: el artículo 1135 del código civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que origine una relación obligatoria con prestación de dar y, señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo ofrece, por tanto, una solución obligacional al caso de los acreedores y no una de carácter real al de los propietarios.

Esta difundida tesis no puede compartirse por los siguientes fundamentos: a) La solución de carácter real no se circunscribe solo a la determinación de quien es el propietario, sino, a la pertenencia genérica sobre cualquier otro derecho real.

En consecuencia, sostener que la norma “no se reduce a determinar el propietario” es una afirmación correcta, pero de allí no se puede avanzar hasta descartar que el art. 1135º ofrezca una solución “real”, en tanto la propiedad no es el único derecho real admitido por nuestro ordenamiento. Los bienes son realidades tangibles del mundo externo, susceptibles de un aprovechamiento económico. En tal sentido, un bien (entendido como una realidad concreta) no puede ser objeto de disposición a favor de más de un titular (salvo la hipótesis de comunidad de derechos), ya que esa situación contraviene la lógica. Por ello, el art. 1135º del Código Civil establece una solución real al problema planteado, en tanto determina la pertenencia del bien a un titular, siendo ello un problema estrictamente referido a los derechos reales, por cuanto, versan, precisamente, sobre la pertenencia de los bienes. En cambio, los acreedores preterido o defraudados mantienen intacto su vínculo obligatorio con el deudor común, debiendo ellos resignarse con instar acciones contractuales de incumplimiento o de saneamiento por evicción. En nuestra opinión, la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclina por la tesis aquí sostenida: la norma de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligó a entregarlo,

que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas u otros contratos que generen obligación de entregar un inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis³⁶". Por tal razón, el precepto legal en cuestión no ofrece una solución "obligatoria" al problema (ya que todas las obligaciones son válidas, y en todo caso, siempre entrara a discutirse la responsabilidad del deudor por incumplimiento), sino, más bien una solución "real", por cuanto se establece la pertenencia del bien con un titular.

También se alude en defensa de la tesis cuestionada, que el art. 1135^o otorga preferencia a cualquier acreedor de un acreedor de dar, pudiendo tratarse de un acreedor de derecho real (propiedad o usufructo) o de un derecho obligatorio (arrendamiento o comodato).

El arrendamiento esconde una falacia que demostraremos a continuación. En el registro se inscriben, normalmente derechos reales [art. 2019^o, inciso 1^o del código civil] y solo por excepción acceden algunos pretendidos derechos obligatorios [arrendamiento, opción]. Sin embargo, en estos dos últimos casos existen normas específicas que resuelven los conflictos vinculados con estos derechos [art. 1670^o, 1708^o, y 2023^o del Código Civil], por lo que no les resulta aplicable al art. 1135^o,

³⁶Casación N^o 672-97, publicada en el diario oficial el día 15 de Octubre de 1998

siendo así que esta norma se limita a regular el conflicto entre titularidades reales, siendo que el “comodato” no entra a tallar en este conflicto por no ser acto inscribible en el registro. Por otro lado, existe la opinión –que compartimos- referida a que el arrendamiento inscrito constituye un derecho real al que aspira configurar.

Por lo tanto, el artículo 1135º otorga una solución real al problema de las concurrentes obligaciones de dar bienes inmuebles, en tanto, determina la permanencia de este con respecto a un titular determinado. En tal sentido, la única particularidad del artículo 1135º del Código Civil es regular un supuesto de hecho mucho más amplio que el tenido en cuenta por otros ordenamientos jurídicos. Así, a través de la concurrencia de acreedores se soluciona las cuestiones derivadas de la colisión de títulos de adquisición de propiedad, como de otros derechos generadores de una obligación de dar.

2.2.17. Otros supuestos diferentes a la doble venta o a la concurrencia de acreedores.- se ha señalado que esta figura requiere la existencia de un deudor común obligado por distintos títulos a la entrega de un mismo bien con relación a diversos acreedores. El artículo 1135 del Código o el art. 2022, referido a los bienes inmuebles, determina la preferencia del acreedor que inscribe su título. Los acreedores en conflicto deben contar

con títulos válidos y eficaces; porque en caso contrario estaríamos fuera del ámbito de aplicación de la figura. En este sentido, los elementos propios de un supuesto de concurrencia de acreedores son tres: 1) Unidad del transmitente (deudor), 2) Pluralidad de adquirentes (acreedores), y 3) Pluralidad de contratos. Por ejemplo, si uno de los contratos que se encuentra en pugna está afectado por una causal de nulidad, entonces dicho acto jurídico no surte efectos. En consecuencia, el conflicto entre un acto válido y un acto nulo, no existe en realidad “concurrencia de acreedores”, por cuanto el único acreedor será aquel que justifique su derecho en el título válido. El otro no tiene título, no tiene derecho, ni es acreedor, es simplemente un efecto de nulidad del acto jurídico. A decir de Betti: se denomina inválido, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio al que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es conjuntamente la sanción al deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios.

Cuando uno de los contratos enfrentados es nulo o queda anulado, no existe elección alguna que realizar, por cuanto la pertenencia del bien deberá recaer necesariamente en el único acreedor que queda en lista. En consecuencia, lo mínimo que debe exhibir el acreedor en contienda es un título válido e incluso si este inscribe, la parte preterida podrá salvaguardar su derecho siempre que logre anular el primer acto inscrito, en el caso de encontrarse este afectado por alguna de las causas legales de invalidez. Recuérdese que la inscripción no convalida los actos nulos [art. 46º, segundo párrafo, Reglamento General de los Registros Públicos].

Por ejemplo: un vendedor transfiere la propiedad a favor de un comprador quien no cumple con el pago del precio convenido, en cuyo caso se insta la acción resolutoria por incumplimiento. Luego, el vendedor dispone del bien con un segundo comprador. En este caso, no existe concurrencia de acreedores, ya que el primer contrato no subsiste y, en consecuencia, no entra en conflicto con el segundo contrato. Por supuesto, tal situación se complica cuando el vendedor en forma apresurada y por propia autoridad, da por resuelto el primer contrato, con lo cual se considera autorizado para el segundo acto dispositivo:

Puntualicemos, empero, que la segunda enajenación que lleve a cabo el vendedor debe producirse después de que el incumplimiento definitivo del comprador sea ya una realidad inamovible.

En efecto, si la segunda enajenación se concluye antes, el primer comprador podría enervar la resolución de su contrato, señalando que él ha suspendido el pago del precio en aplicación de *la exceptio non ad impleti contractus*, o de *la exceptio imminente sevictionis*, en particular, al ser vendedor quien no ha cumplido puntualmente las obligaciones a su cargo. No se olvide que es requisito general de toda resolución por incumplimiento que el peticionario de la misma sea un contratante cumplidor o impecablemente dispuesto a cumplir, lo que no es un vendedor que enajena por dos veces. Por ello, si es el momento en que queda fijado incontrovertiblemente el incumplimiento resolutorio la línea que delimita una resolución fundada y otra enervable, no es necesario, para que el vendedor vuelva a enajenar, sin que la problemática de la doble venta irrumpa en el horizonte, que se dicte el fallo judicial que decreta la resolución. Cosa distinta es que, desde un punto de vista hasta que el juez no declare bien hecha tal resolución, ese vendedor corre el riesgo de que, si el juez no le apreciare luego, por cualquier motivo, debe enfrentarse a una verdadera doble venta.

Por otro lado, debe destacarse que el supuesto de doble venta o de concurrencia de acreedores contenidos en el artículo 1135 y 2022 del Código Civil se refiere exclusivamente al conflicto de títulos otorgados por un deudor común a favor de varios acreedores reclamantes del mismo bien. Esta norma no se aplica en los casos de que existen dos cadenas de transmisiones independientes, en donde cada uno los compradores (o acreedores) en conflicto deriva su derecho de un titular distinto, por lo cual en esta hipótesis debe determinarse cual de esos causantes era el verdadero propietario, y de allí seguir la cadena de transmisiones hasta llegar a quien deriva su derecho de aquel, convirtiéndose por tanto en propietario. Es la misma figura que acontece en los sistemas registrales de la transcripción (francés e italiano) cuando existen distintas cadenas de transmisiones. Sin embargo, debe señalarse que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la solución a este encuentro deberá buscarse a través del mismo registro artículo 2014 del Código Civil, o en la usucapión (artículo 950º del Código Civil). La acción pertinente será la reivindicatoria o la declarativa de propiedad, en la que el órgano jurisdiccional compulse la legalidad de los títulos exhibidos y resuelve a favor de quien demuestre ser propietario del bien inmueble, sea en virtud de cualquiera de los institutos jurídicos reseñados.

2.2.18. El título del acreedor preferido (inscrito).- La doctrina nos advierte que es errada la opinión de que el título del segundo comprador (inscrito) se halla viciado de nulidad por falta de legitimación dispositiva del vendedor, quien supuestamente habría dejado de ser propietario con la primera venta.

Por ejemplo, tenemos que un vendedor celebra una venta con el primer comprador éste título no se inscribe; el mismo vendedor celebra una segunda venta con un segundo comprador. Este título se inscribe y en consecuencia tiene la preferencia del art. 1135º del Código.

El primer comprador, alertado con esta situación, demanda la nulidad de la segunda venta aduciendo que el vendedor ya había dejado de ser propietario en virtud del primer contrato (principio consensualístico de transferencia) y por ende, dicho vendedor nada transmitió. Esta demanda de nulidad generalmente se sustenta en la imposibilidad jurídica del objeto o en el fin ilícito del contrato o por último en la rescisión del contrato por venta de bien ajeno. En cualquiera de los dos casos, la idea es dejar sin efecto el segundo contrato y consecuentemente la inscripción registral con el fin de dejar libre el registro para que el primer contrato (que no fue inscrito oportunamente) pueda, ahora sí, acceder a la inscripción.

Sobre el particular, debe partirse que el hecho de la venta de bien ajeno está permitido por el artículo 1509º código civil y además, la ineficacia nacida por la falta de derecho del transmitente no es un vicio congénito o intrínseco del negocio jurídico. En consecuencia, las dos ventas son válidas en el mundo obligacional, aunque una de ellas no lograra producir el efecto jurídico - real. Por tanto, el tema se resuelve como un conflicto de títulos adquisitivos. En cambio, si se entendiera que la segunda venta es nula por falta de objeto o por falta de legitimación dispositiva (“no ser propietario”), ya no habría que proteger al comprador inscrito, por cuanto su título siempre estaría afectado por la nulidad. Si ello fuera así la primacía de títulos terminaría dándose a favor del contrato más antiguo, es decir, se habría consagrado el retorno a la clandestinidad inmobiliaria. ¿Es posible aceptar que la segunda venta sea nula, cuando ello nos lleva directamente al absurdo? Siguiendo con la opinión de García:(...) la doble venta, que es un supuesto de conflicto de títulos, que el legislador resuelve prescindiendo del problema de validez o nulidad, (...) pues parte de que la venta eficaz es la que se inscribe en el registro de propiedad, y la otra venta anterior, que el valida, es inoponible a la venta inscrita. Ni es nula la venta anterior (que queda limitada a una validez y eficacia en el plano obligacional de las

indemnizaciones entre las partes y en el pleno real relativo a los terceros que tampoco inscribieron), ni menos es nula la segunda venta que se inscribió en el Registro. Esta segunda venta es válida y eficaz frente a la anterior venta, y no puede ser tachada de venta nula por falta de objeto ni por falta de legitimación del vendedor.

Por tal razón, no puede aceptarse, que la segunda venta preferida por virtud de la publicidad registral sean nula, en tanto ello implicaría directamente aceptar el principio consensualístico en todos sus efectos y reducir el papel del registro a un simple archivo de documentos sin mayor sin mayor eficacia de orden sustantivo. Esta solución es inaceptable por donde se le mire, ya que en primer lugar obligaría abrogar en los hechos los artículos 1135 y 2022 del código civil, en tanto la preferencia por la concurrencia de los acreedores no se daría con el primer acto inscrito, sino con el primer acto celebrado. En segundo lugar, dicha solución sería un duro golpe a la eficacia de las inscripciones y, en general, significaría un retroceso a la época de la clandestinidad de las transmisiones inmobiliarias. ¿Para qué serviría el Registro si finalmente la preferencia se daría a favor del primer acto celebrado, aun cuando esto sea clandestino? En tercer, lugar los adquirientes de buena fe no tendrían nunca seguridad contra cualquier acto de enajenación oculto

que hubiese podido realizar el vendedor y, en consecuencia no sabrían a ciencia cierta quien es el propietario del inmueble sobre el cual tienen interés. Todo ello llevaría a una paralización del tráfico inmobiliario, en tanto existiría un elevado riesgo de efectuar adquisiciones inseguras. Nada de eso puede admitirse, por lo que no es aceptable que cualquiera de los títulos involucrados en una concurrencia de derechos pueda considerarse “*per se*” nulo o ineficaz, con el siguiente regreso a la clandestinidad existente en la época anterior a la creación del Registro.

La jurisprudencia, lamentablemente, no ha sido concluyente y a veces se ha dejado impresionar por argumentos leguleyos y faltos de toda precisión técnica. Es el caso de una ejecutoria del año 1998, la cual declaró nulo un acto jurídico por fin ilícito: (...) la ley permite la compra venta sobre cosa ajena, siempre que el comprador conozca esa situación, de lo contrario, el hecho constituye un acto ilícito. No debe confundirse la acción de rescisión que corresponde al comprador de cosa ajena, con la nulidad que le corresponde al propietario despojado, porque son situaciones totalmente diferenciadas³⁷ (...).

Poco después, en un caso análogo se reiteró la declaración de nulidad, aunque en esta ocasión se cambió el fundamento, regresando ahora a la nulidad por “objeto imposible”:

³⁷casación N° 1017-97, publicada en el diario oficial el 10 de diciembre de 1998

(...) el contrato de compra venta requiere de la manifestación de voluntad del propietario del inmueble o el apoderado en el caso que se encuentre debidamente facultado, pero no de la voluntad de quien ha dejado de ser dueño por haber vendido el inmueble y porque la transferencia de un bien ajeno convierte al objeto de la compraventa en jurídicamente imposible, porque no se puede vender el bien del cual no se es el dueño, ya que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero dueño es un contrato contrario a las leyes (...)³⁸.

Los argumentos expuestos por la Corte Suprema en estos dos últimos casos son francamente deleznable. En el primer caso, el “fin licito” alude a la noción de “causa ilícita” del negocio jurídico, debiendo entenderse por esta a todo propósito negociar contrario a la ley o a los valores. El negocio es inmoral (buenas costumbres) cuando el resultado práctico pretendido repugna a la conciencia social, considerándosele indigno de amparo jurídico.

En este sentido, el llamado “propósito practico” es el fin económico-individual que tienen las partes al celebrar el negocio. En la hipótesis estudiada no existe un propósito comercial inmoral compartido por ambas partes y, por tanto, no hay “fin licito”. Las partes quieren celebrar un

³⁸Casación N° 1376-99, publicado en el diario oficial el 22 de Noviembre de 1999

contrato de compraventa, lo que implica el intercambio de un bien a cambio de su precio en dinero, y este esquema típico es perfectamente válido, lícito y moral; es más, se encuentra expresamente tutelado por el ordenamiento jurídico (contrato de compra venta). Una cosa distinta es que el vendedor –por solo o culpa- se ponga en situación de no cumplir la prestación a su cargo, y en consecuencia, se encuentre sujeto a las normas de responsabilidad contractual o de saneamiento por evicción, si fuere el caso, lo cual agrava (mayor indemnización) en el caso de existir dolo. Además, la hipotética motivación dolosa del vendedor es irrelevante para calificar la licitud o no de un negocio jurídico. Es conocido que los móviles, deseos y expectativas de una o ambas partes (siempre que el motivo no se haya casualizada) son indiferentes para el negocio. Nada de eso sucede en la venta de bien ajeno y, menos aún en los casos de concurrencia de acreedores, por lo cual resulta un auténtico despropósito sancionar dicho negocio con la nulidad, salvo el caso patológico del fraude convenido entre ambas partes.

Con respecto al argumento del “objeto imposible”, esto resulta aún más insostenible que el anterior. En Derecho tiene conceptos precisos, debidamente moldeados luego de un largo periodo histórico de decantación doctrinal no pudiéndose modificar arbitrariamente su

contenido, ya sea por ignorancia o conveniencia. Díez Picazo señala claramente que la imposibilidad de carácter legal o jurídico hace referencia a la prohibición legal que impide a determinado tipo de bien objeto de circulación en el tráfico jurídico:

El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida. En estos casos, aunque físicamente existe posibilidad, se da una imposibilidad jurídica, que debe equipararse a la primera.

Por otro lado, el acto jurídico tampoco es nulo cuando el vendedor no pueda transmitir la cosa al comprador por falta de poder de disposición. Y a la razón de esta afirmación es muy sencilla: la única imposibilidad anulatoria un contrato es la absoluta, y no relativa:

Desde el derecho común la doctrina viene distinguiendo una imposibilidad absoluta u objetiva y una imposibilidad simplemente relativa o subjetiva. La imposibilidad es absoluta cuando la prestación prometida en virtud del contrato no puede ser llevada a cabo por ninguna persona en ningún momento. La imposibilidad, en cambio es relativa cuando la prestación o el servicio prometido, que es posible en términos generales, es, sin embargo imposible para el promitente en las condiciones tiempo y

lugar en que lo ha prometido la imposibilidad absoluta determina un defecto radical en uno de los presupuestos de objetivos de eficacia del contrato: cuyo objeto es absolutamente inválido e ineficaz; en los demás casos de imposibilidad puramente relativa, el contratante ha celebrado un contrato válido y se encuentra obligado a cumplirlo poniendo en juego para ello, los medios que son necesarios, incluso los financieros. El acreedor puede, en defensa de su legítimo interés, reclamar la ejecución, incluso de un modo forzoso, entre otras razones, señala Emmerich, porque esta es la vía de la constatación de la imposibilidad. La ser la ejecución del contrato imposible, el contratante que no cumple, debe a la otra parte los daños y perjuicios. Esta responsabilidad, por regla general, no exige la culpa, ya que se parte de la idea de que toda persona, al contratar garantiza a la otra parte su capacidad o aptitud de prestación en ese momento y, además, el conocimiento de tales circunstancias, que está determinado por la natural diligencia en consecuencia, si el vendedor se pone por sí mismo en situación de incumplimiento (por no ser propietario), a lo sumo estamos en imposibilidad relativa, es decir; el deudor personalmente no puede cumplir, pero ello no significa que la prestación en forma objetiva y absoluta sea imposible. Siendo ello así, el

acto jurídico no está afectado de nulidad, lo cual solo alcanza a la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación debida.

En resumen, la solución de nulidad propugnada la Corte Suprema es inconveniente por las siguientes razones: a) La nulidad implica una deficiencia estructural del negocio, por lo que se tienen a este como no-celebrado. En consecuencia, las partes se encuentran obligadas a devolver las prestaciones y nada más. En cambio, el incumplimiento por culpa o dolo, genera en el deudor no solo la obligación de devolver lo recibido, sino, además, de resarcir el daño sufrido. Por tanto, en el terreno práctico, no es conveniente la solución de la “nulidad” por cuanto beneficia al incumplidor. b) Ninguna de las causales de nulidad engloba los supuestos de actos adquisitivos en las que no pueden ejecutarse la prestación del enajenante por falta de poder de disposición. En estos casos, a lo sumo se produce una imposibilidad relativa del cumplimiento, lo cual genera responsabilidad contractual del deudor. c) Conforme ya se ha señalado, la pretendida nulidad de estos actos conlleva un regreso a la clandestinidad inmobiliaria, por cuanto el único acto válido y eficaz será aquel celebrado en primer término dese un punto de vista cronológico. Aunque este quedase oculto. De esta manera se niegan los avances producidos con la publicidad en las transmisiones inmobiliarias y

se retrocede al sistema clandestino en donde no había seguridad de quien era el propietario de los bienes.

1. Conforme se ha señalado, la nulidad del título del segundo comprador (inscrito) significa derogar por vía pretoriana los artículos 1135 y 2022 del Código Civil, maximizando los conceptos del consensualístico contenido en el artículo 949 del mismo Código.

Se coloca en peor situación al comprador (agraviado), pues la nulidad impedirá que se apliquen las normas de adquisición a “non domino” (pues estas presuponen un título válido) y las de usucapión ordinaria (que requieren de un justo título).

Afortunadamente, la tendencia jurisprudencial antes descrita no es uniforme, y existen pronunciamientos en el sentido exactamente contrario. Así, puede citarse una sentencia de la Corte Suprema expedida en 1998, y en la que se rechaza la nulidad por objeto imposible a una doble venta.

“(…) se hace interpretación errónea del inciso 3 del art. 219 del Código Civil, si se considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto jurídico físico o jurídicamente imposible, pues se estaría confundiendo el objeto del contrato con el acto jurídico, y en este caso el objeto es la transferencia en venta de un

bien que se halla entre el comercio de los hombres, como es un lote de terreno, que no tiene connotación de ese dispositivo³⁹”

La sustentación empleada es algo confusa, pero, aun así, se puede extraer dos conclusiones valiosas: 1) Ninguno de los títulos involucrados en una doble venta o en una concurrencia de acreedores se encuentra afectado “perse” en la causal de nulidad por objeto imposible. 2) El objeto jurídicamente imposible causante de la invalidez del acto jurídico, se refiere a un bien que se encuentra fuera del comercio de los hombres (bien de uso público prohibición legal de comercio sobre determinado bien, etc.), pero no en los casos en donde el bien es perfectamente comerciable (lote de terreno), aunque exista el inconveniente de la falta de poder dispositivo del vendedor o de la concurrencia de varios títulos adquisitivos, válidos y eficaces cada uno individualmente, pero en donde el ordenamiento jurídico deba preferir alguno de ellos en base a criterios más o menos estacionales. La doctrina señala sobre este punto lo siguiente: “un objeto es físicamente imposible de acuerdo a la naturaleza. No quiere decir que no exista en el momento en que se realiza el acto, porque puede ser creado o elaborado. La imposibilidad física es equivalente a la imposibilidad de

³⁹Casación N° 27-98, publicado en el diario oficial el 22 de enero de 1999.

existencia natural. Un objeto es jurídicamente imposible cuando la ley prohíbe su existencia, aun cuando la naturaleza lo permita”.

Una sentencia del 15 de Agosto del 2001 también opina de la misma manera:“(...) el actor no ha probado que la compraventa del inmueble sublitis entre los demandados carezca del requisito de valides provisto en el inciso tercero del artículo 140 del Código Civil ni que su fin sea lícito y por lo tanto el acto jurídico sea nulo de acuerdo a lo que prescribe el art. 219, inciso cuarto del Código Civil, que en efecto el hecho de que el propietario primigenio hubiera vendido el inmueble dos veces no supone la segunda venta fin ilícito justiciable penalmente (...), que en el caso sub-judice, el caso de concurrencia de acreedores de un bien inmueble lo regula el art. 1135º del CC., el que fue aplicado con acierto por el juzgado de primera instancia, en el cuarto considerando de su resolución, lo que fue confirmado por la vista que reprodujo los fundamentos de aquella (...)”⁴⁰.

En consecuencia, es urgente que la Corte Suprema unifique su jurisprudencia, en el sentido de admitir sin reticencias los efectos sustantivos de la inscripción, materializados en la preferencia del acto registrado en los casos de concurrencia de acreedores y sin involucrase

⁴⁰Casación N° 384-01, publicada en el diario oficial el 30 de Noviembre del 2001

con el tema de “nulidades” que no existen, siendo además innecesario este tipo de remedio para lograr una efectiva seguridad en el tráfico.

2.2.19. Principio de fe pública.- Una vez superado el primer problema del legislador en materia publicitaria, lo cual es, optar entre el principio de inscripción (constitutiva) o el principio de inoponibilidad, cabe inmediatamente plantear un nuevo problema, ya en un segundo plano: ¿Qué ocurre si el acto jurídico contenido en la inscripción es nulo? El conflicto de intereses se manifiesta en cuanto al negocio nulo afecta no solo a las partes contratantes, sino además, afecta a los terceros causahabientes del negocio viciado.

El esquema puede plantearse de la siguiente manera:

<u> A B </u>	<u> B C </u>
(Negocio nulo)	(El tercero “cualificado” C
(La causal de nulidad no	es inmune a la causa de nulidad que
Consta en el Registro	no consta en el Registro).

En los sistemas con el principio de fe pública, “C” se encuentra protegido por cuanto el vicio de nulidad del negocio anterior no lo afecta. El tercero “C” es tutelado por su confianza en el registro, ya que se

presupone exacto. En tal caso, C sería un tercero protegido o cualificado, pero dejando bien en claro que se trata de un segundo plano de protección, distinto al principio de inoponibilidad, en cambio en un sistema en que no se reconociera la presunción de exactitud, “C” vería decaer su adquisición si el negocio entre “A-B” es nulo, por cuanto haría caer por su base el negocio subsiguiente entre “B-C”.

La regla típica de protección en los sistemas germánicos es el principio de fe pública, en donde el inscribiente es protegido frente a las acciones reivindicatorias, anulatorias o revocatorias de la propiedad, por el cual se busca tutelar al nuevo dueño tabular frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones que aquejando a la titularidad de su antecesor y transferente, no venían publicados en folio de la finca ni tampoco era conocidos de dicho nuevo dueño. Consiguiendo así, que adquirente que contrata en vista de los datos y titularidades que el Registro le manifiesta quedase protegido conforme la apariencia creada por el asiento anterior, y por lo tanto libre de las acciones de cualquier titular inscrito que no resultasen de las propias inscripciones.

En este caso, existe una lucha entre el “*verusdominus*” (“A”) y el tercero confiado en el registro (“C”). El primero trata de hacer valer la realidad extra registral en donde el negocio de transmisión es nulo, con el

consiguiente arrastre de nulidad a los sucesivos a los sucesivos causahabientes. El segundo trata de hacer valer su realidad exclusivamente tabular o registral, a fin de obtener protección.

En el esquema estudiado debe distinguirse correctamente entre la inscripción del tercero inscrito “cualificado” frente a la protección del que es “parte” en el negocio susceptible de anulación o ineficacia. Por ejemplo: A, incapaz de ejercicio, vende un inmueble a B. el contrato es nulo y por ende, B no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B (con derecho inscrito) vende el inmueble a favor de C, este si adquirirá por tratarse de un tercero protegido en base a su confianza en el Registro. Es decir: mientras la relación determinante se centre entre A y B, este último como titular registral solo goza de una presunción relativa de exactitud, por cuanto su situación jurídica es susceptible de prueba en contrario (principio de legitimación). Recuérdese que B es parte del negocio anulable y su derecho depende directamente de la validez del negocio causal. En cambio, cuando entra en escena un tercero como C, este confía en lo manifestado por el Registro (B es titular) y, además C no es parte –es tercero- del negocio susceptible de decadencia. Esta especial característica lo hace protegible “*iuris et de iure*” sin prueba en

contrario), lográndose una gran seguridad quienes confían en la información del registro.

Como ejemplo de una correcta distinción entre parte y tercero registral, puede citarse la muy reciente sentencia expedida en la casación N° 2852-01- LA LIBERTAD, con fecha 28 de Enero del 2002 y publicada el 02 de Mayo de 2002.“(...) *FUNDAMENTOS DEL RECURSO*: por resolución de esta Sala del doce de Octubre del 2001 se declaró procedente dicho recurso, por las causales previstas en el artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, expresándose con relación a la primera causal, que la sala de mérito ha inaplicado el art. 2014º del Código Civil que establece que el tercero de buena fe que 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 para lo cual argumenta que dicha norma protege a los adquirentes de derechos de buena fe y a título oneroso, pues siendo el Banco un tercero Registral no puede verse afectado por los alcances de la nulidad del título transferente; que respecto de la segunda causal que acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que se ha declarado fundada la contradicción en base a un supuesto de nulidad de fondo de la escritura

y no en base a una nulidad formal, como lo prescribe el art. 722º del Código Procesal Civil, ya que los efectos de nulidad de compraventa se han hecho extensivos a los actos subsiguientes, como es la hipoteca otorgada a su favor; CONSIDERANDO: (...) sexto.- Que, en lo referente a la afectación del bien inmueble por parte del propietario, es de tenerse en cuenta que en la constitución de la hipoteca se otorga un derecho real de garantía a favor de persona determinada, siendo que nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger tal derecho ha creado la figura jurídica de buena fe registral, que se encuentra regulada por el art. 2014º del Código Civil, lo que para su validez requiere que el título sea entregado a título oneroso y por persona que en el registro aparezca con facultades para hacerlo; es decir, que el Banco únicamente debía verificar si en el Registro de la propiedad de La Libertad aparecía como propietario del bien materia del bien materia de hipoteca el co-ejecutado, requerimiento que fue cumplido, puesto que a la fecha de constituirse el derecho, esto es el 10 de Diciembre de 1997, parecía este como propietario, por tanto el Banco obtuvo un derecho de quien tenía y aparecía con facultades para hacerlo; Sétimo.- Que, a ello se agrega que la garantía hipotecaria fue inscrito en el Registro y otorgada con la finalidad de garantizar las obligaciones del otorgante y por un monto

determinado, por lo que cumplió con todas las exigencias formales para su valides, en consecuencia la contradicción, interpuesta por la co ejecutada, mal fue declarada fundada por adolecer el título de un requisito formal; Octavo.- Que cabe mencionar que la Sala al hacer extensivos los efectos de la sentencia que declaro la nulidad del contrato de compraventa del bien dado en garantía a la escritura pública de constitución hipotecaria está afectando un derecho de un tercero que adquirió el bien en base de un principio de buena fe registral, siendo que en todo caso debe determinarse la vía jurisdiccional correspondiente si los efectos de tal nulidad son extensivos la escritura de constitución de hipoteca, mas no este proceso por implicar un procedimiento sobre nulidad de fondo, lo que es ajeno a las exigencias del art. 722º del Código Procesal Civil y al proceso de ejecución de garantías;...”

Esta resolución demuestra un criterio exacto en la distinción entre parte del negocio nulo y tercero ajeno del negocio nulo

Fundamento.-

La situación de normalidad del tráfico inmobiliario se presenta cuando el propietario inscribe su título y el registro refleja la realidad jurídica sin discordancias. Sin embargo, es frecuente que no exista dicha coincidencia, ante lo cual emerge el principio de fe pública como

instrumento normativo que brinda seguridad jurídica a los terceros “cualificados” confiados en los pronunciamientos del Registro. La situación patológica de falta de coincidencia entre la realidad registral y la realidad extra-registral obliga a que las causas de de resolución o nulidad no-inscritas sea tenidas como inexistentes para el tercero “cualificado”. Su protección requiere algunos requisitos adicionales, lo cual es lógico por cuanto dicho régimen tuitivo implica la lesión de un derecho ajeno, el cual ya no podrá hacerse efectivo frente a él.

El principio de fe pública se presenta cuando el título del transmitente se halla afectado de alguna causal de nulidad o ineficacia que puede originar un efecto en “cadena” respecto a los actos sucesivos. Por ejemplo supongamos que A (titular inscrito) vende a B. luego, B vende a C, y ambos adquirentes inscriben sucesivamente sus títulos. En tal caso la eventual nulidad de la venta entre A-B, aunque se declare judicialmente no producirá el efecto de privar a C de su adquisición, si la causa de nulidad (por ejemplo falta total de consentimiento o ilicitud de la causa del contrato) no constaba en el Registro. Otro ejemplo: A vende a B una finca estableciéndose como condición resolutoria que si B no edifica en el plazo de cinco años el contrato quedara resuelto y volverá la finca a poder de A (lo cual obviamente implica también que este

devuelva el precio a B). Si este pacto figura en el documento privado de venta, pero no se incorporó por acuerdo de partes a la correspondiente escritura a pesar que A y B quisieron mantener su vigencia, entonces el registro se limitara a inscribir la escritura sin pacto resolutorio. Si en estas circunstancias B vende la finca a C este no se verá afectado por una resolución de contrato de compraventa entre A y B ya que no se le permitió conocer la existencia de dicha condición, la cual quedo oculta.

Estos conflictos se resuelven teniendo en cuenta la confianza en el contenido del registro, reputándolo como una verdad oficial, de tal suerte que nadie podrá verse privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio inválidamente o aunque dicho título, valido en un principio, quede más tarde sin valor. El derecho peruano contempla expresamente esta figura en el artículo 2014 del código civil.

Como es lógico suponer, la preferencia por la realidad jurídica extra registral conlleva gran inseguridad en el tráfico patrimonial, por cuanto los potenciales adquirentes nunca podrían conocer con certeza la situación jurídica de la finca. En cambio, de darse preferencia a la realidad jurídica registral el adquirente sabe perfectamente que su confianza en sus pronunciamientos del Registro lo hace inmune frente a cualquier

irregularidad en la cadena de transmisiones, le basta caer en el registro para “salvarse”. Como dice Roca Sastre:

La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera seguridad de que las declaraciones de este son incontrovertibles. Aunque los asientos estén en desacuerdo con la realidad jurídica, su valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por el principio de fe pública. En beneficio de este tercero el contenido registral se presume verdadero, con presunción iuris et de iure o se finge por la ley irrefutablemente exacta, con lo cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de esclarecer el fundamento subyacente en el principio de fe pública en la Casación Nº 1167-98 al decir.- “(...) el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros adquirentes y que se hayan producidos confiados en el contenido del Registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los

asientos registrales. El principio de fe pública registral protege al tercer adquirente frente a la inexactitud del contenido del registro (...).

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de este principio tiene como sustento la presunción de exactitud en el contenido del registro. Esta presunción es normalmente “*iuris tantum*” (principio de legitimación), pero puede convertirse en “*iure et de iure*” cuando existe un tercero reclamante de protección (fe pública), con la cual se otorga una gran seguridad a los negocios inmobiliarios, aclaremos nuestra afirmación con el siguiente ejemplo, tomado nada menos que de la doctrina alemana.

Cualquier inscripción de Registro se presume que refleja siempre la situación jurídica real de los inmuebles, y hacen fe lo mismo cuando declaren la existencia de derechos que cuando reclamen su extinción. Esta presunción solo puede destruirse mediante prueba en contrario. (...) la norma que acabamos de ver –simple norma de prueba, de carácter puramente objetivo- no bastaba para llenar las necesidades del crédito inmobiliario. Era menester que el comercio pudiese confiarse en absoluto a los datos del registro, sin recelo de posibles pruebas de falsedad. (...) en su virtud, las inscripciones del registro se reputan por verdaderas aun cuando no lo sean en realidad, para todo aquel que, de buena fe y por

acto de voluntario adquiriera derechos sobre una finca –o sobre todo derecho inmobiliario, v. gr., sobre una hipoteca-. Supongamos, por ejemplo que X hace que se inscriba a su nombre una hipoteca, falsificando la necesaria autorización del dueño de la finca. Si luego Z adquiere de buena fe esta hipoteca, la adquisición será perfectamente válida dentro de los términos de la inscripción, pues X se reputa con respecto a él como verdadero hipotecarista. (...) para comprender el alcance de este régimen, no hay más remedio que distinguir entre la posición jurídica del primeramente inscrito y la de sus sucesores o causahabientes.

Efectivamente, X es parte en el negocio jurídico (nulo) de transferencia, y la presunción de exactitud del Registro puede enervarse con la correspondiente declaración de nulidad (protección *iuris tantum* del titular inscrito). En cambio, Z es un tercero de buena fe con respecto al negocio anterior de transferencia, y si este inscribe resultara ser un tercero “cualificado” (protección absoluta del tercero). La jurisprudencia reconoce la diferencia de protección entre el titular registral –pero que es “parte” del negocio nulo, cuya inscripción genera una presunción de exactitud susceptible de prueba en contrario (legitimación) - y el titular registral con calidad de “tercero protegido o cualificado”, por cuanto este

último no intervino en el negocio jurídico nulo, y si bien derivó su derecho de dicho negocio, su confianza en el pronunciamiento del registro le hace merecedor de especial protección (fe pública).

2.2.20. El principio de fe pública en la doctrina.- La doctrina en el siglo XIX considero posible que la regla de protección de los adquirentes de bienes inmuebles, existente desde el derecho intermedio, se pudiese entender a favor de los adquirentes de los inmuebles, llegándose así a consagrar finalmente el artículo 892 del BGB. En buena cuenta, la apariencia de propietario de la que goza el poseedor de una cosa mueble no puede perjudicar a un adquirente de buena fe que confió razonablemente en dicha apariencia. Lo mismo se aplicaría a los bienes inmuebles, solamente modificando la apariencia socialmente significativa de la posesión, ahora constituida por la inscripción. De esta forma quedo abierto el camino para hacer encajar esta figura dentro de los supuestos propios de las adquisiciones "*a non domino*", en donde el transmitente no era propietario, pero igual el adquirente se hacía dueño en virtud de la tutela de la apariencia.

En efecto, la gran mayoría de la tutela de la doctrina considera al principio de fe pública como un supuesto propio de las adquisiciones a "*non domino*".

En esa misma línea se encuentran muchos autores alemanes

donde nació esta protección de la confianza en el contenido del registro porque la adquisición y la pérdida correlativa del derecho se producen en virtud de disposición de un no titular. Al hacer “valer como exacto” el contenido del registro, la ley atribuye en forma de ficción, la no titular inscrito una legitimación (poder) para disponer a favor de terceros de buena fe de un derecho ajeno no inscrito.

La doctrina española, en gran medida, también se muestra partidaria de dicha tesis. Vallet de Goytisolo considera a la protección de confianza en el contenido del registro como un típico caso de adquisición a “*non domino*”. En este sentido dice: El titular inscrito tiene un poder dispositivo limitado estrictamente a los efectos registrales. Solo el mientras esté vigente su inscripción, puede provocar, por cualquier título, un nuevo asiento, de acuerdo con la extensión del derecho que tenga inscrito. Asimismo solo con su consentimiento, por regla general, podrá ser cancelado. Pero no tiene ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémonos en que no surten efecto sus enajenaciones a título lucrativo ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe o que no inscriba su adquisición. Eso por si solo ya hace sospechar que la adquisición a non domino del tercero protegido por la fe pública no deriva a un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de

este. La adquisición del tercero deriva de la ley misma. Está basada en la publicidad del registro (elemento o dato material), en la buena fe, o fe en la verdad del contenido del registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el incumplimiento por este de la formalidad de la inscripción (requisito a posteriori para que se mantenga definitivamente la adquisición).

Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno.

De aquí se deduce que hay más genéricamente una inatacabilidad del título del adquirente. La irreivindicabilidad lleva a consumir una verdadera adquisición. No tiene sentido pensar en una situación irreivindicable del tercero, aunque no haya adquirido definitivamente el derecho produciéndose una verdadera adquisición susceptible de ser considerada una como una adquisición derivativa, en la medida en que se exige un negocio derivativo (nacido de la apariencia jurídica), y en donde el derecho no se adquiere puro, sino con las cargas y gravámenes constatados en el Registro.

De la misma idea es García García, para quien la nulidad o ineficacia del negocio precedente determina que el transmitente no sea dueño. Sin embargo, la apariencia en la confianza registral ocasiona la plena eficacia

de tal adquisición. Respecto al carácter de adquisición originaria o derivativa producida en este caso, el mencionado autor sigue la compleja idea de Sanz Fernández.

Esta transmisión de la apariencia registral juega perfectamente con las reglas de la sucesión: el adquirente deriva este derecho aparente del titular anterior. En cambio, la adquisición del derecho es independiente de estas reglas: el derecho del adquirente no puede ni derivar, ni del titular inscrito, puesto que este no lo tenía, ni del verdadero dueño, porque no intervino en la transmisión. Hay que entender, por tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica, que opera en virtud del título inscrito; y una adquisición originaria del derecho mismo, que tiene lugar en virtud de la ley, como consecuencia directa de la inscripción.

Realmente, este punto de la opinión de García García – siguiendo a Sáenz – se hace demasiado conceptual, aunque tal vez no haya otra salida dogmática. En todo caso, la discusión parece no tener mucha importancia práctica, por cuanto, sea adquisición originaria o derivativa, el nuevo titular adquiere la cosa en el estado en la que tenía el “*verusdominus*”, es decir, se transmiten cargas y gravámenes que existiesen sobre la cosa. En esta línea se mueve la doctrina alemana: el propietario según registro que transmite la finca al tercero de buena fe, no

produce la extinción de la propiedad y la antigua y la constitución de una nueva, sino la transmisión de la primera: el adquirente adquiere derechos existentes. Pero sin ser sucesor jurídico: porque no existe un derecho del predecesor, en el que se base la adquisición del derecho.

En nuestro parecer es que la solución debe necesariamente matizarse. Así pues, en los casos de nulidad (sin necesidad de declaración) o de ineficacia absoluta (por haber sido ya declarada) del título del transmitente, entonces si evidentemente estaremos en presencia de una adquisición a "*non domino*", por cuanto dicho título habría decaído y, en consecuencia, el primer transmitente no habría transferido ningún derecho. Por ejemplo: A es un incapaz absoluto de ejercicio, pero vende un inmueble a B, el contrato es nulo y B no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B (con derecho inscrito) vende a su vez el inmueble a C, este si adquirirá por tratarse de un tercero protegido por la confianza en el Registro.

En este caso, un no-propietario habrá consumado una transferencia válida y eficaz y, por tanto, se tratará de una adquisición a "*non domino*".

En cambio si A vende un inmueble a B, pero el contrato se encuentra afectado por una causal de lesión. B seguidamente vende el inmueble a C, quien consolida su adquisición por haber confiado en la apariencia

registral. Sin embargo, en este último caso, la causal de ineficacia del contrato (rescisión) no actúa en forma automática y, por ende el contrato es provisionalmente válido. En tal sentido, B era propietario al momento de vender el bien a favor de C y, en consecuencia, se trata de una común adquisición “*a domino*”.

En ambas hipótesis juega el principio de protección de la confianza en el contenido del Registro (fe pública), pero solo en algunos casos (causales radicales de nulidad o ineficacia) se podrá decir verdaderamente que estamos en presencia de adquisiciones a “*non domino*”. Sobre este tema se ha pronunciado Díez Picazo, admitiendo la doctrina generalizada pero haciendo la precisa salvedad a la que nos adherimos:

Sobre el principio de fe pública, debe recordarse su origen claramente germánico. La finalidad de esta regla se halla en que las nulidades de un acto o negocio inscrito no afectan a los sucesivos negocios derivados del acto viciado. Esta protección se realiza cuando el tercero confía en una determinada situación jurídica del Registro, y en base a ella contrata o se relaciona jurídicamente.

Si después el negocio antecedente se anula o es ineficaz, esas vicisitudes no se perjudican. Si recordamos que el sistema transmisivo alemán se sustenta en los negocios reales abstractos, es decir, en los simples

acuerdos de transmisión – adquisición sin manifestar la causa subyacente en ellos, es fácil advertir que en el Registro no se publican negocios causales (con sus vicisitudes de nulidad o ineficacia), sino simples negocios abstractos, en los cuales no constan las indicadas vicisitudes jurídicas. Siendo ello así, el principio de fe pública resulta del todo coherente, por cuanto las eventuales nulidades –no constan, ni pueden constar, en el Registro- son irrelevantes, y no afectan el válido perfeccionamiento de las transmisiones y adquisiciones inmobiliarias. El reconocimiento del negocio abstracto [*Auflassung*] y la irrelevancia de las nulidades del negocio causal para extinguir los derechos inscritos, hacen fácilmente explicable como la nulidad de una transmisión anterior no afecta al tercero registral. Aquí pues, el principio de fe pública resulta coherente.

En cambio, en los sistemas causalista es mucho más complicado justificar dogmáticamente la existencia del principio de fe pública. De allí, las complejas construcciones teóricas detalladas en las páginas anteriores. En este sentido puede decirse que el sistema causalista de atribuciones patrimoniales permite al transmitente recuperar la cosa por medio de una acción reivindicatoria, no solo frente a su no-contratante, sino frente a cualquier tercero sub-adquiriente, fundándose en cualquier tipo de

irregularidad o defecto del antecedente negocio obligatorio que el celebros con el primer adquirente; lo cual, si bien es aceptable desde el nivel teórico, sin embargo desde el punto de vista práctico, destruye las legítimas expectativas de los sub-adquirientes e introduce un grave factor de inseguridad en el tráfico.

La concepción abstracta de las atribuciones patrimoniales conduce a que los efectos reales de la transmisión se produzcan plenamente a favor, incluso del co contratante en los casos más graves de inexistencia o ilicitud de la causa, y solo permite al transmitente una acción personal por enriquecimiento sin causa. Ante ello, la doctrina propia de los ordenamientos jurídicos causalistas ha buscado posturas intermedias protectoras de la seguridad del tráfico, y en base a ello se sostienen que la sola existencia y eficacia del contrato produce la transmisión del dominio (“justa causa”), y cualquier hipótesis sobreviniente de ineficacia no puede destruir lo ya efectivamente creado, esto es, el instrumento idóneo de la atribución patrimonial. A esta misma conclusión podría arribarse en el ámbito de los negocios meramente anulables, por cuanto a falta de una acción de impugnación exitosa [artículo 222º, CC.-84] el contrato es eficaz y el traspaso dominical se entiende producido. En este sentido, el transmitente podrá recuperar la cosa si esta continúa en

manos del primer adquirente, pero no si paso a manos de terceros. Esta tesis matizada es perfectamente defendible en nuestro país. El código civil establece en su artículo 1372º que la resolución y rescisión (dos de las principales causales de ineficacia negocial no producen efecto frente a los terceros de buena fe; y por lo tanto una vez producida la transmisión del dominio esto ya pasa a engrosar el patrimonio del adquirente, quedando solamente la opción de la acción personal de restitución entre las partes del negocio primigenio.

Asimismo, se busca apoyar esta tesis en la naturaleza personal (y no real) de la acción de pago indebido. En este sentido se dice que la entrega de un bien cuyo título de transferencia ha decaído por nulidad o ineficacia constituye precisamente el “pago de lo indebido”.

La entrega o traspaso posesorio es consecuencia de un contrato justa causa y por tanto, dicha entrega es un pago. Y si el título ha devenido en nulo o ineficaz, se estará en presencia de un pago indebido. Sobre el particular, se ha señalado que la mayoría de los ordenamientos nacionales reconocen solo una acción personal en los casos de pago indebido; de lo cual se infiere que el adquirente se hace propietario del bien y el transmitente solo tiene una acción personal de restitución, razón por el cual el adquirente puede válidamente transferir su derecho a favor de

un tercero sub adquirente, cuya atribución patrimonial será inobjetable. Esta posición también puede sostenerse en sistemas jurídicos causalistas, en donde la atribución patrimonial requiera de una justa causa, pues la necesidad del causalismo no obliga adoptar soluciones extremas. Se dice, entonces, que la cuestión no es el causalismo, sino la “medida del causalismo.”

En este sentido, y de acuerdo con esta tesis (basada en la “justa causa” genética –aunque después desaparezca por anulabilidad o ineficacia- y por el régimen legal del pago indebido), cuando acontezca la ineficacia sobrevinida del negocio antecedente (rescisión, revocación, resolución), ello no significa la ineficacia de la transmisión de la propiedad realizada con base en aquel contrato y como ejecución de él. El código civil peruano [artículos 1270º y 1272º] ha adoptado la naturaleza personal (y no real) de la actuación de pago indebido, en tanto reconoce que la enajenación a un tercero sub adquirente (de buena fe y a título oneroso) impide la restitución “*in natura*” del bien, lo cual significa una transmisión de propiedad válida.

Diez Picazo incluso llega más lejos y sostiene que en los casos de inexistencia del contrato o nulidad radical, la solución depende del alcance de las normas sobre el pago de lo indebido. Por tal razón, este autor

sostiene el carácter personal de la citada acción, y en consecuencia, cuando se haya producido el traspaso posesorio como acto de ejecución o acto con función solutoria, esta “*causa solvendi*” justifica la transferencia de propiedad y el adquirente puede transmitir válidamente a un tercero sub adquirente.

Este último punto –referido a las nulidades radicales- sí parece dudoso, en tanto la doctrina da cuenta que la primera consecuencia directa de la nulidad de un negocio es la total pérdida de sus efectos, y la consiguiente decadencia (ineficacia) de todas las transmisiones sucesivas realizadas sobre la base del negocio nulo:

La denominación de nulidad absoluta se ha mantenido, más que por no depender ella de la voluntad individual, por su efecto general o “*erga omnes*”. Se entiende con ello, que cabe oponerla (...) transcendencia general en cuanto al círculo de personas a las que puede interesar o afectar la nulidad que se explica porque la nulidad se considera aquí como acto contrario a la ley, y por tanto, indigno o inadecuado para la protección jurídica.

Se habla también de transcendencia general de la nulidad, en el sentido de que el negocio nulo no puede ser fundamento de ningún efecto comercial (...). De modo que la nulidad de un negocio puede originar una

reacción en cadena de nulidades; su caída arrastrara la de titularidades, derechos, nuevos negocios, enajenación y transmisión de derechos, obligaciones y cargas, en fin la de todo aquello que en el negocio tuviera su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase. Esta ineficacia se refiera a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido. El negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños (...) y unido a la buena fe puede originar efectos negociales o cuasi-negociales, como en el matrimonio putativo (...), en la protección del adquirente de buena fe, y hasta a favor del poseedor de buena fe.

Como conclusión, puede decirse que las nulidades radicales afectantes de los negocios antecedentes si influyen en las sucesivas transmisiones de propiedad (trascendencia de la nulidad), salvo cuando el tercero sub adquirente reúne los requisitos de protección establecida por el principio de fe pública registral (artículo 2014° CC). De esta manera se guarda coherencia con nuestro sistema causalista de atribuciones patrimoniales, entendiéndose que el principio de fe pública es una excepción a la falta del poder de disposición, aunque suplido por la ley en base a la tutela de la confianza generada por los pronunciamientos del Registro, y por lo que el legislador –a semejanza de lo ocurrido con los bienes muebles– se ha

visto en la necesidad de establecer una regla de adquisición a “non domino” que le permita mantener la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial sobre inmuebles.

La doctrina suele justificar esta figura en el principio de tutela de la apariencia.

Con respecto a las otras causales de invalidez (anulabilidad) e ineficacia (resolución, rescisión) estas no enervan la producción de efectos jurídicos de sus negocios causales, aunque ello ocurra en forma provisional, por lo cual el adquirente del negocio “afectado” sí es propietario, y en caso de una sucesiva transmisión convierte al sub adquirente en propietario inatacable. Este sistema de causalismo moderado se deduce de las reglas de pago indebido, en donde se considera que la enajenación a un tercero sub adquirente de buena fe y a título oneroso impide la reivindicación del titular primigenio, sin perjuicio de las normas previstas en los artículos 1372º (rescisión y resolución) y 222º (anulabilidad), por las que también se protege a los terceros sub adquirentes de buena fe. En consecuencia, en estas hipótesis de invalidez e ineficacia, la transmisión de la propiedad o de cualquier otro derecho real constituyen adquisiciones “*a domino*”.

Por lo tanto, en el ámbito de la ineficacia negocial el ordenamiento ha consagrado el principio de tutela de la confianza a favor de los terceros de buena fe, mientras conserva como regla excepcional la ineficacia sucesiva contra los terceros sub adquirientes⁴¹.

2.3. Marco situacional.

El marco situacional del presente proyecto de investigación está orientado a los derechos reales basado en la búsqueda de diversos medios de garantizar el ejercicio pleno de la propiedad y su tráfico jurídico en el contexto actual de crecimiento económico de un país en desarrollo sustentado, pero la realidad de los propietarios en este contexto nos indica que la realidad social nacional y local en el marco jurídico e institucional se encuentra obsoleto que genera incertidumbre constante que no permite tener una visión de estabilidad y certeza del pleno ejercicio de la propiedad y de los derechos de crédito generado por el consensualismo en la transmisión de la propiedad privada que da lugar a la venta múltiple y concebir a los derechos reales como el de prevalencia sobre los obligacionales y viendo en los registros públicos de la propiedad inmueble en un mero archivo informativo cuando realmente éste es una entidad que permite al Estado cumplir con tutelar la propiedad tanto como

⁴¹ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, TRATADO DE DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO, TOMO II. "Ediciones Legales"
Pág. 378 - 387

derecho fundamental y como institución constitucionalmente protegida que permite el desarrollo de la sociedad y el bienestar social por lo que se debe cautelar la venta múltiple, y los conflictos que pudieran derivar en este ámbito se resuelvan conforme a los principios que inspiran el derecho registral basados en la confianza en la verdad registral y de publicidad que permitan un crecimiento económico y social seguro de no hacerlo continuaremos en la informalidad. La respuesta a su problemática es la contribución de la presente investigación a los propietarios, empresarios y operadores de justicia en el la ciudad de Huánuco y en el país para consolidar el desarrollo económico y con seguridad jurídica, complementando a la aplicación de los conceptos, métodos y técnicas del derecho registral y del derecho común que le permitirá la generación responsable de un desarrollo sustentable y seguro en la globalización de la economía de un país en desarrollo

2.4. Definición de términos básicos

2.4.1. *Prior in tempore potior in iure*, es una expresión latina, que puede traducirse como "Primero en el tiempo, mejor en el Derecho", que hace referencia a un principio de Derecho, en virtud del cual, en el caso de existir controversia entre partes que alegan iguales derechos sobre una cosa (ejemplo: una hipoteca a su favor) se entiende que tiene la

preferencia en el derecho la parte que la haya inscrito primero en el Registro de la Propiedad.

El primero en contener formalmente dicha expresión en un texto de derecho, concretamente, de derecho canónico, fue Bonifacio VIII, en su *Liber Sextus Decretalium* [aun no redactado], donde exponere^gulae iuris (reglas de derecho) o aforismos jurídicos, que actualmente se conocen de forma vulgar como latinazgos⁴².

2.4.2. Patrimonio. La palabra patrimonio deriva del término latino *patrimonium* y significa hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes o bien, también significa bienes propios que se adquieren por cualquier título, se le identifica con el vocablo riqueza.

2.4.3. Conflicto de intereses.- Las pretensiones llevadas al Poder Judicial son siempre contrapuestas de manera que al Juez le toca “decidir el derecho”; existe en consecuencia conflicto porque las partes en el proceso que tienen intereses contrarios sostienen de acuerdo a sus puntos de vista que el derecho les corresponde, situación que tiene definir el juez.

2.4.4. Debido proceso.- Es un derecho constitucional y al mismo tiempo está conformado por un haz de derechos como el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad en el proceso, a la

⁴² Wikipedia, La Enciclopedia Libre.

obtención de una decisión judicial oportuna; ello en el ámbito del derecho procesal, existiendo también el debido proceso sustantivo referido a las normas de derecho material.

- 2.4.5. Desarrollo del proceso. El proceso tiene un trámite que propiamente es el contenido y se llama procedimiento, el mismo que está diseñado por etapas, se inicia con la demanda y concluye con la sentencia.
- 2.4.6. Gratuidad del acceso a la justicia. Es un derecho fundamental protegido constitucionalmente; la administración de justicia ahora llamada “impartición de justicia” que la ejerce el Estado a través de los jueces debe ser gratuita para las personas de escasos recursos.
- 2.4.7. Igualdad en el acceso a la justicia. Significa que no debe existir un trato diferenciado en el acceso a los órganos jurisdiccionales a los que se acude para la solución de un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.
- 2.4.8. Igualdad en el proceso. Principio del derecho procesal que establece que las partes de un proceso litigan en igualdad de condiciones, teniendo ambas el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- 2.4.9. Incertidumbre con relevancia jurídica. Se sostiene que existe incertidumbre cuando se precisa de una decisión judicial que la defina pues la pretensión no puede mantenerse de forma indefinida de manera

incierta.

- 2.4.10. Instituto procesal. Denominada también institución procesal. El proceso civil tiene como principales instituciones a la acción, la jurisdicción, la competencia, la pretensión procesal, la tutela jurisdiccional, los medios probatorios, los medios impugnatorios, la postulación del proceso, los principios procesales que orientan el proceso civil y las resoluciones judiciales, entre otras, está considerado el auxilio judicial.
- 2.4.11. Juzgado Civil. es el órgano jurisdiccional que tiene a sus cargos contiendas entre particulares, sujetas a las normas del Derecho Privado
- 2.4.12. Órgano jurisdiccional. Los jueces de nuestra patria pueden ser unipersonales o colegiados; llamase unipersonales cuando la función judicial (impartición de justicia) es ejercida por una sola persona; se llaman colegiados cuando lo componen 3 o más jueces; las Salas Superiores están conformadas por tres jueces superiores, mientras que las Salas Supremas las conforman cinco jueces supremos.
- 2.4.13. Persona jurídica. Es aquella que se constituye por gestión de las personas naturales, como por ejemplo las asociaciones, las sociedades comerciales, etc.
- 2.4.14. Tutela jurisdiccional efectiva. Se le denomina así al derecho a obtener

una decisión justa en un proceso judicial, la misma que no siempre es favorable al demandante, sino que tiene que estar sustentada en la Constitución y la ley. Es un derecho fundamental consagrado en la Constitución que consiste en obtener una decisión judicial justa, sin que ello signifique que la pretensión sea amparada.

- 2.4.15. Cumplimiento. En el ámbito del derecho existe las obligaciones que son de ejecución y por lo mismo se exige su realización, cuando ello ocurre se produce el cumplimiento, que puede ser parcial o total.
- 2.4.16. Finalidad. Denominado también el objetivo o aquello que se persigue o a que se pretende que se destine determinado acto o hecho de la realidad.
- 2.4.17. Igualdad. Es la equivalencia, se llama tratamiento igualitario cuando quienes participan en un proceso tienen los mismos derechos procesales.
- 2.4.18. Indefensión. Estado en el cual se priva a la persona del derecho a la defensa, por diversas circunstancias.
- 2.4.19. Influencia. Es el resultado parcial o total de un hecho o de un acto en determinada situación de hecho, que puede modificarla igualmente en forma total o parcial; se dice que existe influencia cuando factores extraños a los que se hallan en debate pueden modificar o no situaciones

de hecho.

2.4.20. Justiciable. El justiciable es en el proceso civil el litigante, persona que es parte en un litigio judicial.

2.4.21. Mecanismo. Son medios diseñados de antemano por los cuales se pretende la consecución de determinados objetivos.

2.4.22. Proceso. El procedimiento es el conjunto de actos procesales que conforman el proceso, el mismo que se inicia con la demanda y concluye con una decisión final que generalmente es la sentencia. Se sostiene que el procedimiento es el contenido y el proceso es el continente.

2.4.23. Justicia. Está considerada como la finalidad abstracta del proceso, pues se sostiene que la finalidad concreta es la solución del conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre con relevancia jurídica.

2.5. Bases epistémicos⁴³:

La presente investigación se sustenta en el Derecho Patrimonial, en su segmento de “Los Derechos Reales” en el Derecho Civil Peruano, como un orden de un sistema normativo, el orden de un sistema existencial y el orden axiológico de la justicia”, tres dimensiones íntimamente ligados, porque derecho no es otra cosa que vida humana intersubjetiva, regulada por normas jurídicas y orientada hacia valores.

⁴³ Epistémico relativo a episteme. f. En la filosofía platónica, el saber construido metodológicamente en oposición a las opiniones individuales. || 2. Conocimiento exacto. || 3. Conjunto de conocimientos que condicionan las formas de entender e interpretar el mundo en determinadas épocas. Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

2.6. Base legal

2.6.1. Constitución Política

La Constitución de 1993⁴⁴, que ha sufrido una variación con su tratamiento en la Constitución de 1979, es en cuanto la propiedad. En el artículo 70 se señala lo siguiente: "El derecho de propiedades inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

Por lo que se puede apreciar, se establece diversamente que la Constitución de 1979, al señalar que se ejerce en armonía al bien común y dentro de los límites de la ley, substituyendo aquella referencia al interés social. Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose

⁴⁴"La Constitución de mil novecientos noventitrés, cuyo artículo sesenta establece que a nadie puede privársele de su propiedad sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley; que este modifica el artículo ciento veinticinco de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve al suprimir la causa de interés como causal de la privación del derecho de propiedad, que en consecuencia se ha de considerar modificado el artículo novecientos veintitrés del Código Civil en cuanto a que el concepto de usar la propiedad en armonía con el interés social no implica privar de dicho derecho al propietario" (Cas. N° 84-94. Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial).

sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley, suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

Como comentario del artículo 70° sobre la propiedad, Bernales señala: "La primera parte del artículo bajo comentario dice que el derecho de propiedad es inviolable. Nadie puede atentar válidamente contra ella, salvo el caso de expropiación que analizaremos más adelante. Según este principio, el Estado debe proteger la propiedad. Hay que recordar que conforme al inc. 16 del artículo 2° de la Constitución, la propiedad es uno de los derechos fundamentales de la persona".

Bernales, plantea que la expropiación en la Constitución ha sido establecida en términos muy restrictivos, con lo que coincidimos plenamente. Así, señala: "En general, las disposiciones dictadas son duras y restrictivas en relación a la expropiación. Debe anotarse, como dato para el análisis, que el gobierno que dio la Constitución de 1993 no era partidario de la expropiación y puso exigencias significativas para incorporarla al nuevo texto constitucional. Más allá de ellas lo que debe primar es el criterio de la razonable protección de la propiedad".

Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola

restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley, suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

2.6.2. Código civil vigente, Libro V, Derechos Reales, Sección Primera, Disposiciones Generales, Artículo 881, en la legislativamente se delimita el ámbito de los derechos reales al decir que. “Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes”. TITULO II, Propiedad, CAPITULO PRIMERO, Disposiciones Generales; en cuyo artículo 923 define a la propiedad como “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”⁴⁵.

El Artículo 925.- prescribe las restricciones legales en los siguientes términos: “Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”, El artículo 926, las restricciones convencionales que *ad literam* dice.- “Las restricciones *de la* propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo” y la acción reivindicatoria en el Artículo 927, que a la letra dice.- “La acción

⁴⁵Rectificado por fe de erratas

reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción⁴⁶.

A detalle nuestro ordenamiento civil comprende los art. 881º a 1131º, distribuidos en cuatro Secciones: Sección Primera, Disposiciones Generales, (artículos 881º a 884º); Sección Segunda, Bienes (Art. 885º a 895º), dividida en III Títulos: Clases de Bienes, -Partes integrantes y Accesorios- Frutos y Productos; Sección Tercera, comprende VI Títulos y cada uno en capítulos sobre Derechos Reales típicos o nominados, Sección Cuarta, Derechos Reales de Garantía en IV Títulos y estos en capítulos.

Normatividad que guarda armonía sistémica con la regulación de las demás ramas del derecho civil, objetivados en el Código Civil Peruano vigente. En este cuerpo normativo de tanta transcendencia por la vida jurídica de nuestra Nación, encontramos principios de derecho real que le otorgan connotación de derecho objetivo general frente a las demás ramas que integran el Derecho Civil, entre estos principios tenemos: Legalidad de los Derechos Reales (art. 881º); libertad de disposición de los bienes (art. 882º); remisión a las leyes especiales (en lo que respecta al art. 883º, sobre predios rústicos, fue una arbitraria derogación realizado por la primera disposición final del D. Lg., Nº 653, Ley de

⁴⁶Rectificado por fe de erratas

Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario del 01/08/1991); propiedad incorporal (art. 884º); principio de uso de la propiedad en armonía con el interés social (art. 923º); derechos reales sobre medios de transporte (art 2092º); derechos reales relativos a obras intelectuales (art. 2093º)

La metodología legislativa concretada en el Libro V de los Derechos Reales del Código Civil, supera al trato que se le dio en el Código Civil de 1936, en cuanto este se ocupaba en el Libro Cuarto, en cambio la ubicación en el Código vigente es después del Libro IV, Derecho de Sucesiones. El legislador ha empleado una metodología legal en cuanto a la ubicación de los derechos reales, con la precisión que la técnica legislativa aconseja.

2.6.3. Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

2.7. HIPOTESIS, VARIABLES, INDICADORES Y DEFINICIONES OPERACIONALES

2.7.1. Hipótesis: General y Específicas

Hipótesis general:

Hi= “Influye la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble”

Ho= “No influye la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble”

2.7.2. Sistema de Variables-Dimensiones e indicadores

Variable Independiente:

La prioridad registral

La publicidad registral

Variable Dependiente:

La prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble

2.7.3. Indicadores.

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
V. I. La prioridad registral La publicidad registral	Doctrina	1. Derechos 2. Instrucciones 3. Doctrina jurídica 4. Ordenamiento Jurídico

	Propietario Acreedor	5. Ciudadano 6. registradores públicos 7. operadores de justicia 8. Seguridad jurídica
	Proceso Civil	9. Como contradicción a la ejecución. 10. Son tratadas como tercería de propiedad. 11. Son concedidas regularmente de acuerdo con su naturaleza y finalidad prevista en el CPC.
V. D. La prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble	Decisión Jurisdiccional	12. Resolución judicial 13. Medios impugnatorios 14. Finalmente los medios impugnatorios
	Conocimiento de las medidas impugnatorias en el ámbito	15. Conocimiento suficiente y adecuado. 16. Conocimiento incipiente. 17. Son confundidas frecuentemente con otras medidas cautelares.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Nivel y Tipo de investigación

3.1.1. Nivel de investigación

El presente trabajo de investigación por sus características constituye una investigación descriptiva y explicativa.

3.1.2. Tipo de investigación

La presente investigación por su finalidad es básica, porque busca solamente la producción teórica, es decir parte de un marco teórico y gira en el mismo.

Por el periodo de ejecución es longitudinal, porque busca demostrar evolución de la norma, materia de estudio en un periodo de determinado según la investigación, consecutivos y por lo tanto, será materia de observaciones diversas para ver la evolución de la misma.

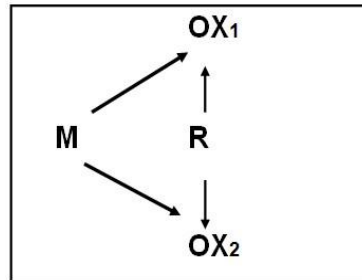
3.2. Diseño y esquema de la investigación.

Por el diseño es DESCRIPTIVO CORRELACIONAL, porque en una primera parte se describe el problema materia de investigación y luego se procede a la corrección de las variables en estudio.

Se Observa y describe variable X1

Se Observa y describe variable X2

Se Observa y describe relación X1 - X2



3.3. UNIVERSO/POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. Determinación del universo/Población.

El ámbito geográfico se circunscribirá a la ciudad de Huánuco, en donde se aplicarán encuestas y se analizarán los procesos de aplicación del principio de prioridad y publicidad registral parte de los magistrados especializados en materia civil (Ministerio Público y Poder Judicial), tanto en el proceso único de ejecución como en las tercerías de dominio en el periodo comprendido del año 2015.

Se analizarán los actuados de los procesos únicos de ejecución de garantía hipotecaria que se encuentran con contradicción de primacía de la propiedad inmueble sobre los de obligaciones y las tercerías de propiedad.

3.3.2. Muestra

Se aplicarán encuestas a 22 operadores de justicia entre jueces, fiscales y registradores públicos de la provincia de Huánuco,

3.3.3. Selección de la Muestra

Está constituidos por tres (3) fiscales superiores en lo civil de Huánuco; dos (2) fiscales superiores adjuntos, tres (3) fiscales provinciales en lo civil y dos (2) fiscales adjuntos provinciales en lo civil de la Provincia de Huánuco; tres (3) Vocales o jueces superiores especializados en lo civil de la Provincia de Huánuco, tres (3), jueces de primera instancias civiles o mixtos de la Provincia de Huánuco, así como seis (6) registradores públicos de la Oficina Zonal Registral de Huánuco

En cuanto a los Magistrados las muestras constituyen poblaciones finitas de manera que se sustentada en la fórmula:

$$n= N$$

Unidad de Análisis.

La unidad de análisis constituye la opinión de 22 operadores de justicia entre jueces, fiscales y registradores públicos.

3.4. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS

3.4.1. Fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnica de análisis documental:

Según Héctor Martínez Ruiz y Elizabeth Ávila Reyes esta técnica “Se basa principalmente en el trabajo de archivo, que consiste en la consulta de fuentes escritas (libros, periódicos, diarios, etc.)”.

Como podemos visualizar, siendo nuestra investigación de tipo descriptivo, en su nivel básico o pura, razón por la que nos desprendemos de aplicaciones prácticas, la técnica de análisis documental se enmarca convenientemente al proceso de nuestra investigación en vista que se justifica por su utilidad, que se traduce en la optimización de los esfuerzos, la mejor administración de los recursos y la comunicabilidad de los resultados⁴⁷

3.4.2. Procesamiento y presentación de datos

Estudio de Documentos:

Como fuente muy valiosa, en este caso, los expedientes de la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el “mejor derecho a la propiedad, nos ayudará a entender el fenómeno central de estudio: la institución de la problemática judicial en la diligencia como oportunidad de la etapa preliminar del proceso penal y reflexionar sobre cómo funciona y qué experiencias negativas o positivas se tiene como resultado de su uso.

⁴⁷ TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Diccionario de investigación científica*, 2004, p. 141.

Como sabemos esta técnica denominada estudio de documentos puede ser utilizado de dos formas: individual o grupal. Por la naturaleza de la investigación en curso utilizaremos el estudio de documento grupal, denominado específicamente documentos y materiales organizacionales, el mismo que nos ayudará a estudiar de forma organizada las actas y resoluciones sobre la problemática judicial en la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el “mejor derecho a la propiedad.

Entrevistas

Es necesario obtener referencias sobre la oportunidad de la etapa preliminar del proceso penal en el distrito judicial de Huánuco por personas o autoridades involucradas en el tema.

Para ello son necesarias las entrevistas a los dos jueces civiles, al Presidente de la Corte Superior y al Decano del Colegio de Abogados de Huánuco, en relación a lo siguiente:

Concepción personal del instituto procesal del auxilio judicial.

Opinión personal sobre el cumplimiento de la finalidad del auxilio judicial.

Sugerencias sobre el procedimiento del auxilio judicial.

Cuyo cuadro resumen es lo siguiente:

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
De la Recolección de la información.	1. Encuestas. 2. Fichas Bibliográficas. 3. Internet.
Del Procesamiento y análisis de la información.	4. Cuadros de Tablas estadísticos 5. Escala de Logro y deficiencias 6. Ponderaciones. 7. Promedio. 8. Proporciones (%) 9. Gráficos Estadísticos. 10. Ratios de comparaciones.
De la Redacción del informe.	11. Esquema del informe estratégico 12. Módulos de investigación.
De la Exposición y sustentación	13. Equipo de proyección. 14. Equipo de sonido. 15. Software. 16. Protocolo de Exposición de tesis. 17. Protocolo de sustentación de tesis.

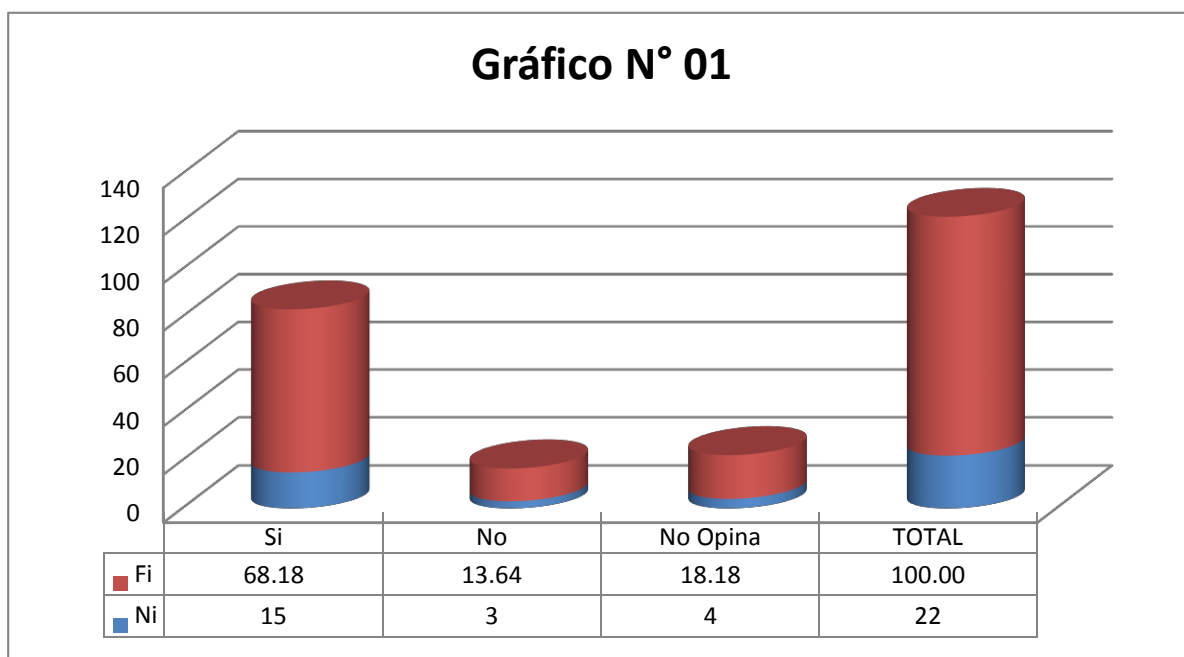
3.5. Trabajo de campo

TABLA N° 01
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

1. ¿El derecho de propiedad privada debe ser garantizado efectivamente por el Estado?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opina	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

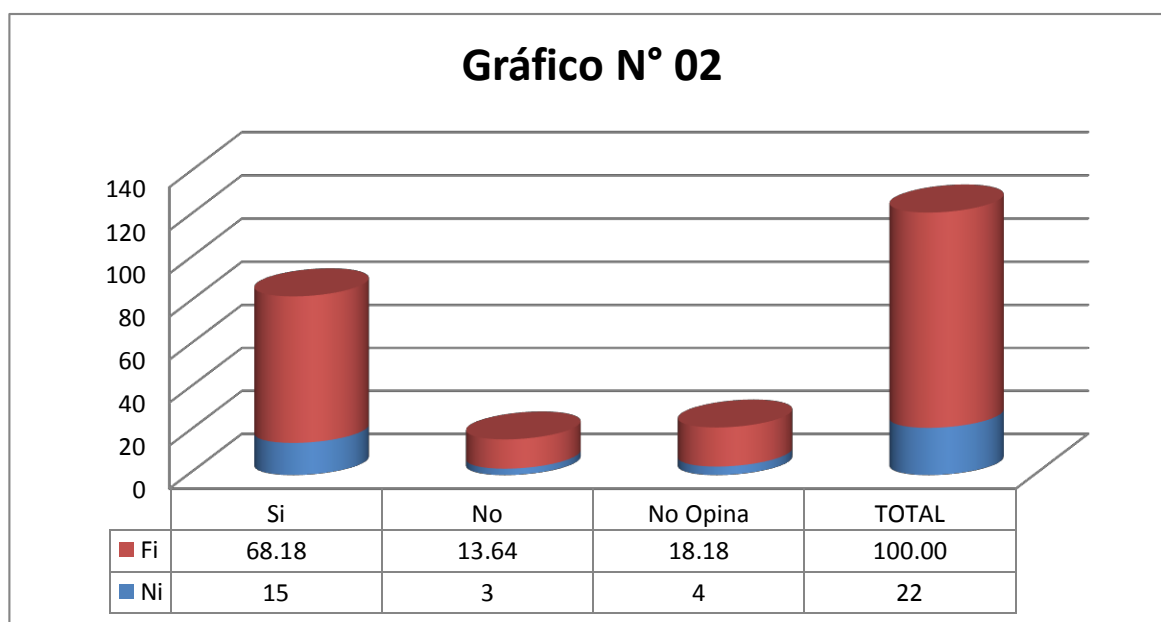
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 02
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿Está usted de acuerdo con la prevalencia de la propiedad sobre los derechos de crédito?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opina	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



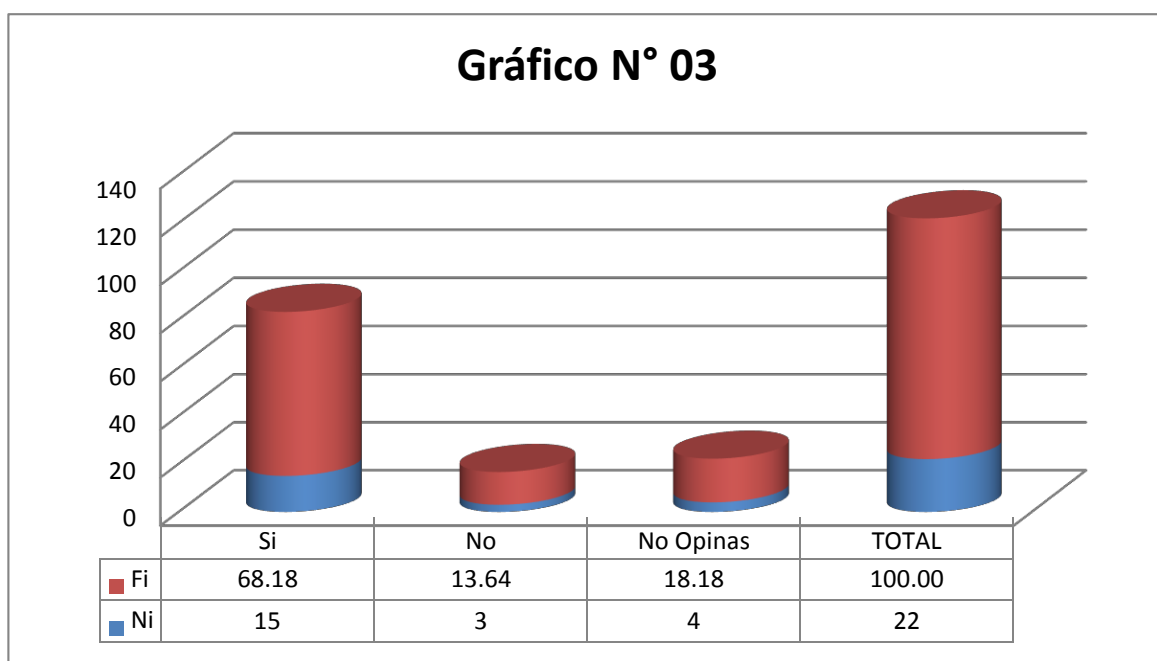
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina

TABLA N° 03
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿Estaría usted de acuerdo que para un pleno ejercicio del derecho patrimonial (derechos y obligaciones) se tenga en cuenta la prioridad y publicidad registral?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



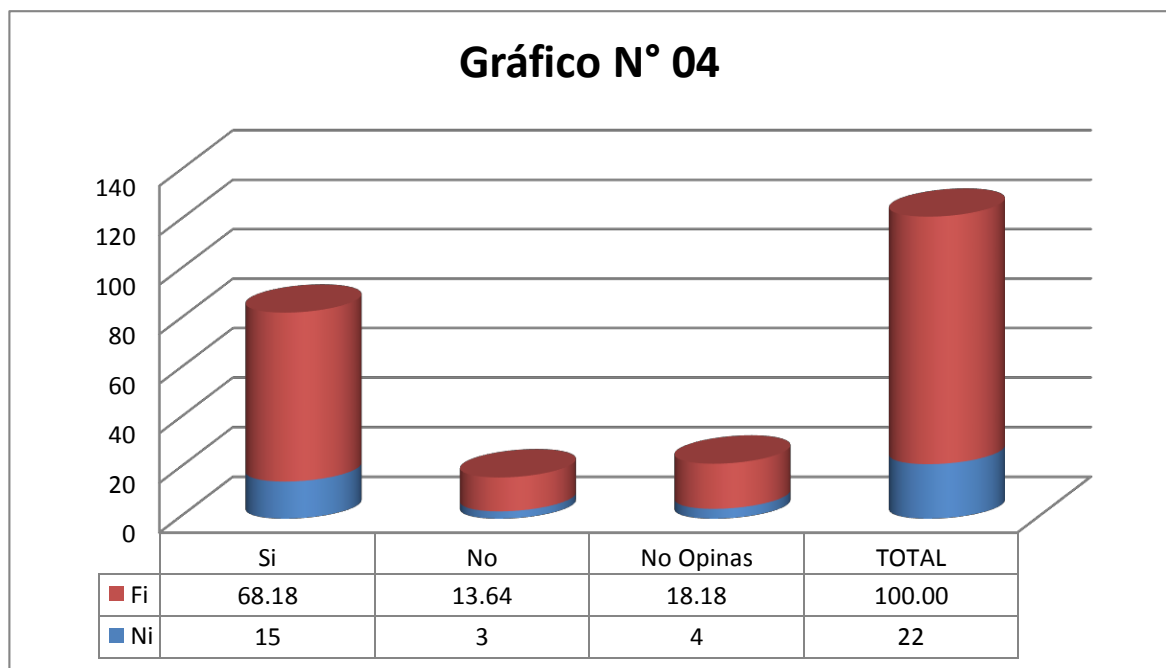
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 04
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿para usted debe prevalecer la hipoteca preinscrita sobre la propiedad inmueble no inscrita?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



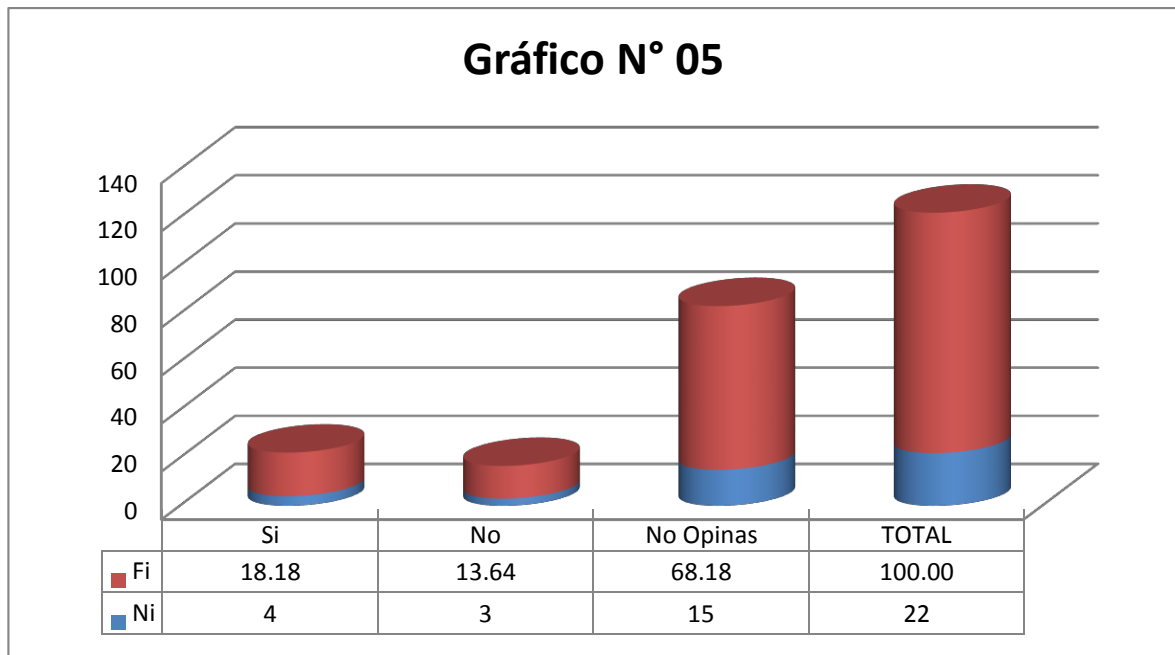
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 05
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿Los registros públicos es un archivo de información?		
	Ni	Fi
Si	4	18.18
No	3	13.64
No Opinas	15	68.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

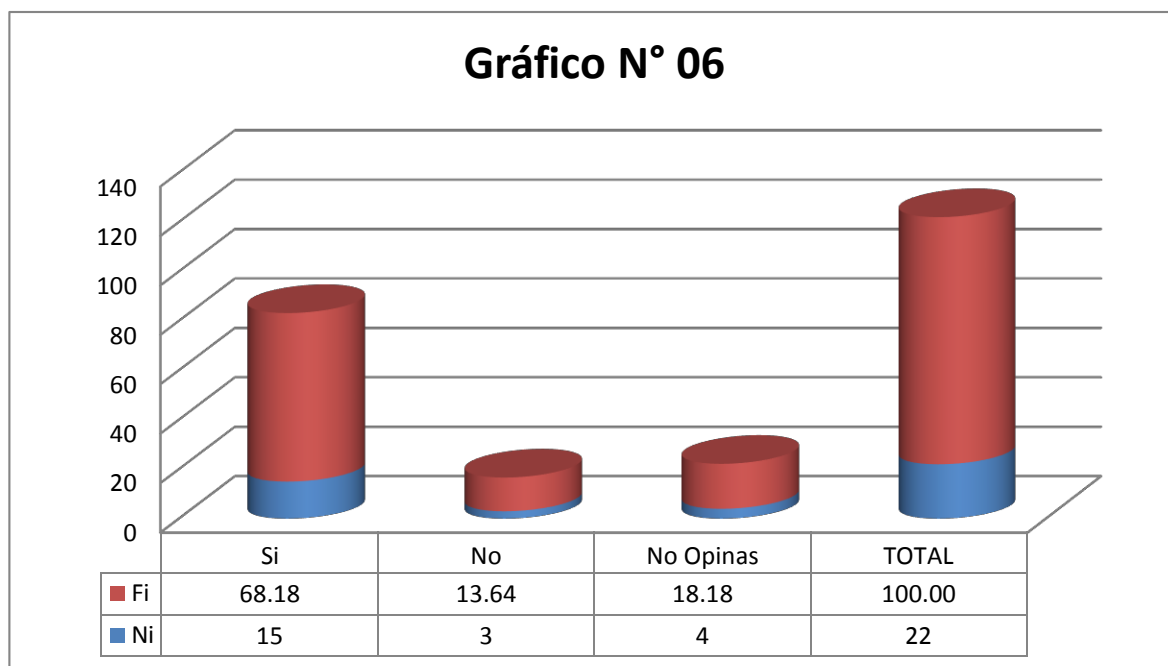
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 18.18% Si, 13.64% No, 68.18% No Opina.

TABLA N° 06
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿Los registros públicos es una institución de fe pública o credibilidad que garantiza los derechos ciudadanos?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

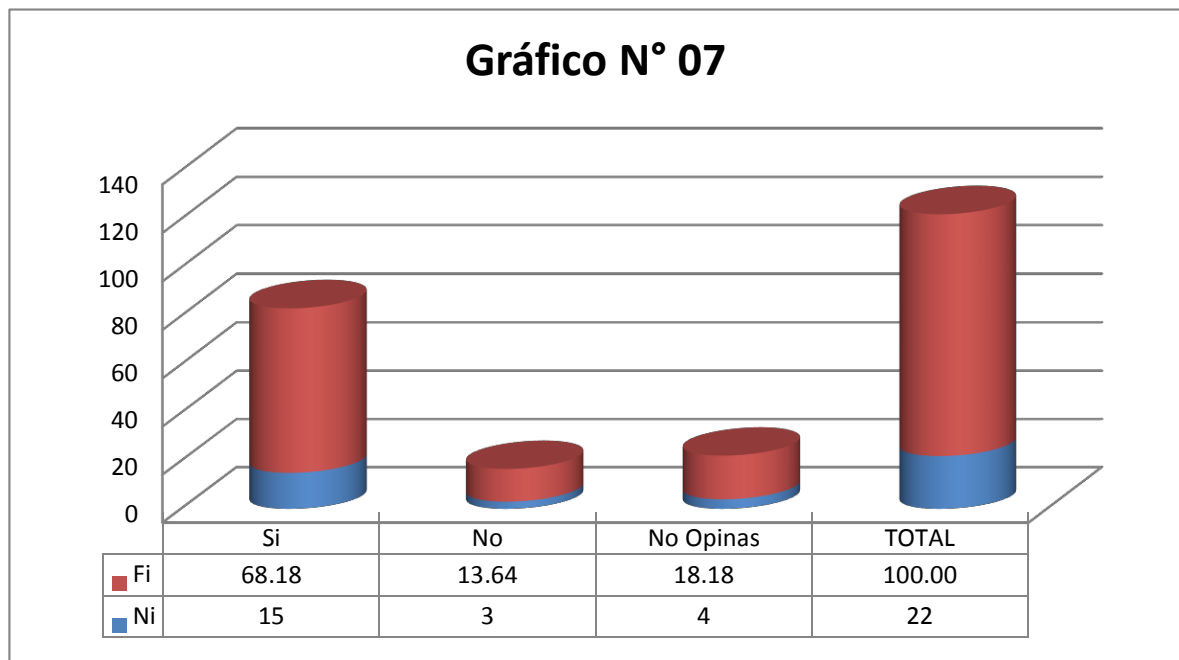
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 07
ENCUESTA A LOS PROPIETARIOS LITIGANTES

¿Está usted de acuerdo que toda la transferencia de propiedad inmueble sea inmediatamente inscrita en los registros públicos para la tranquilidad de los contratantes?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



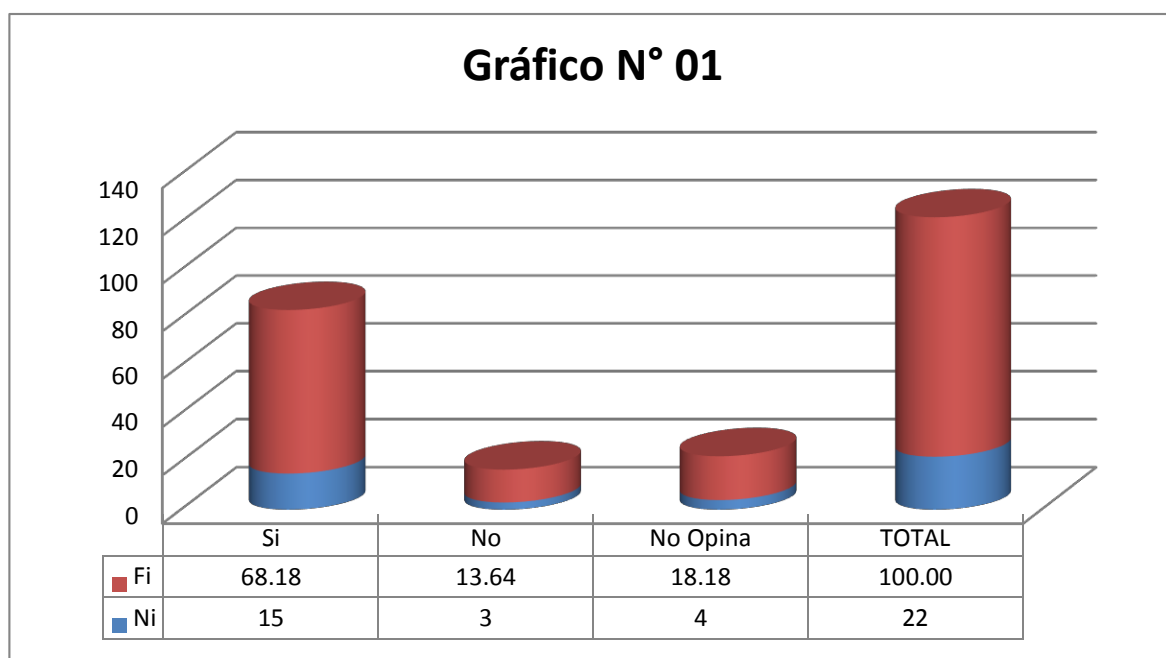
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 01
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

1. ¿El código civil expresamente dispone la inscripción de los bienes inmuebles expresamente?		
	Ni	Fi
Si	3	13.64
No	15	68.18
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

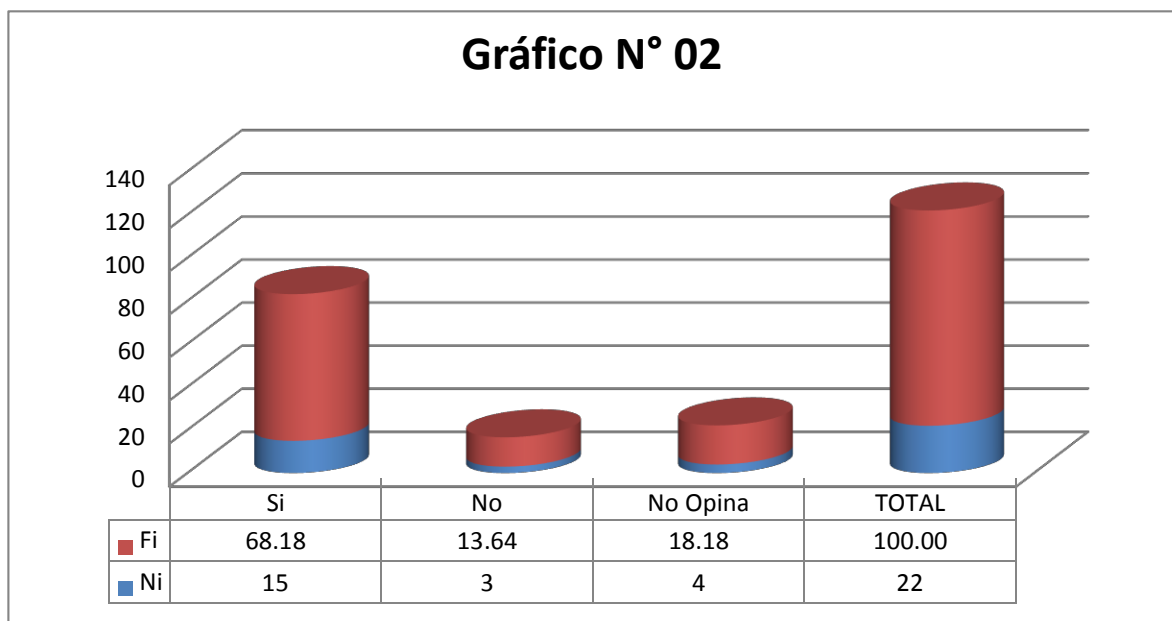
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 02
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

2. ¿El Código Civil vigente prohíbe la doble venta de la propiedad?		
	Ni	Fi
Si	3	13.64
No	15	68.18
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

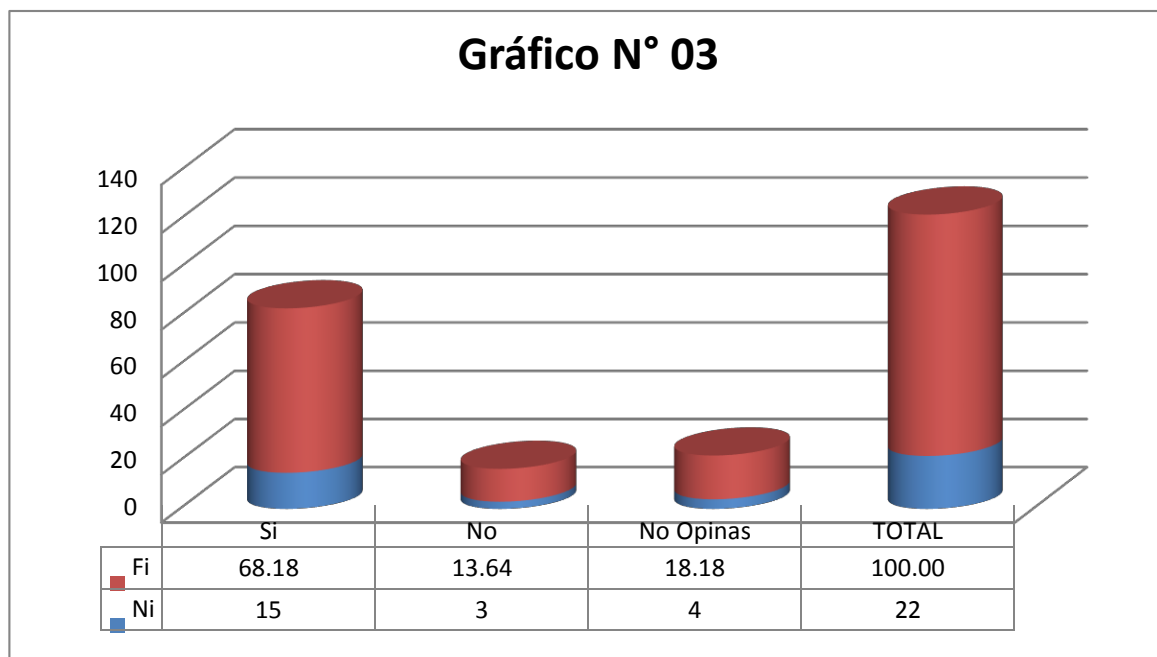
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 03
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

3. ¿A su entender el derecho a la propiedad registrada es un igual al de una propiedad no inscrita en los registros públicos?		
	Ni	Fi
Si	3	13.64
No	15	68.18
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

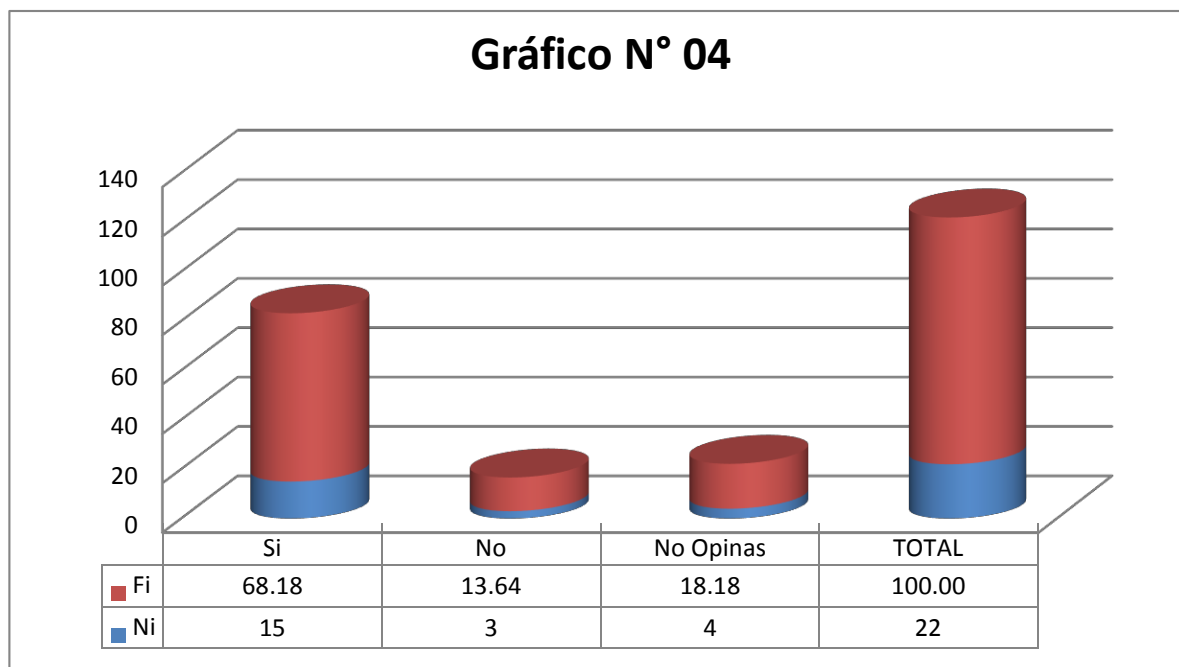
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 04
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

4. ¿Las demandas en defensa de la propiedad inscrita en los registros públicos otorga certeza en éxito del proceso?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

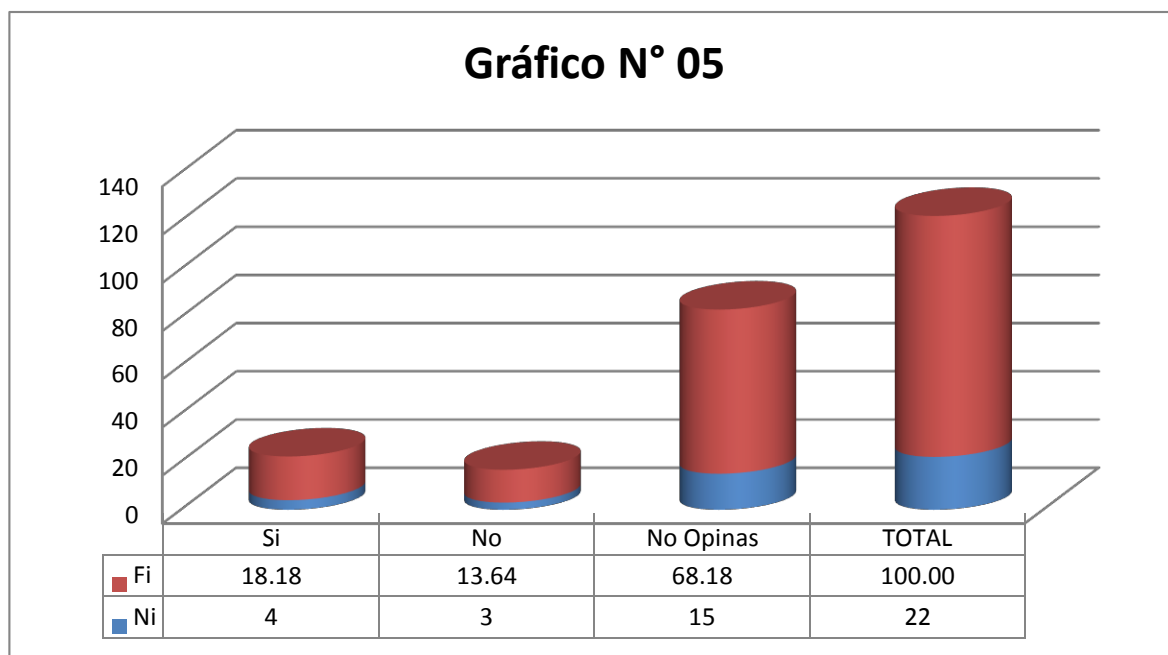
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 05
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

5. ¿La primacía del derecho inscrito con respecto al no inscrito a un sea de propiedad prevalece la primera?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



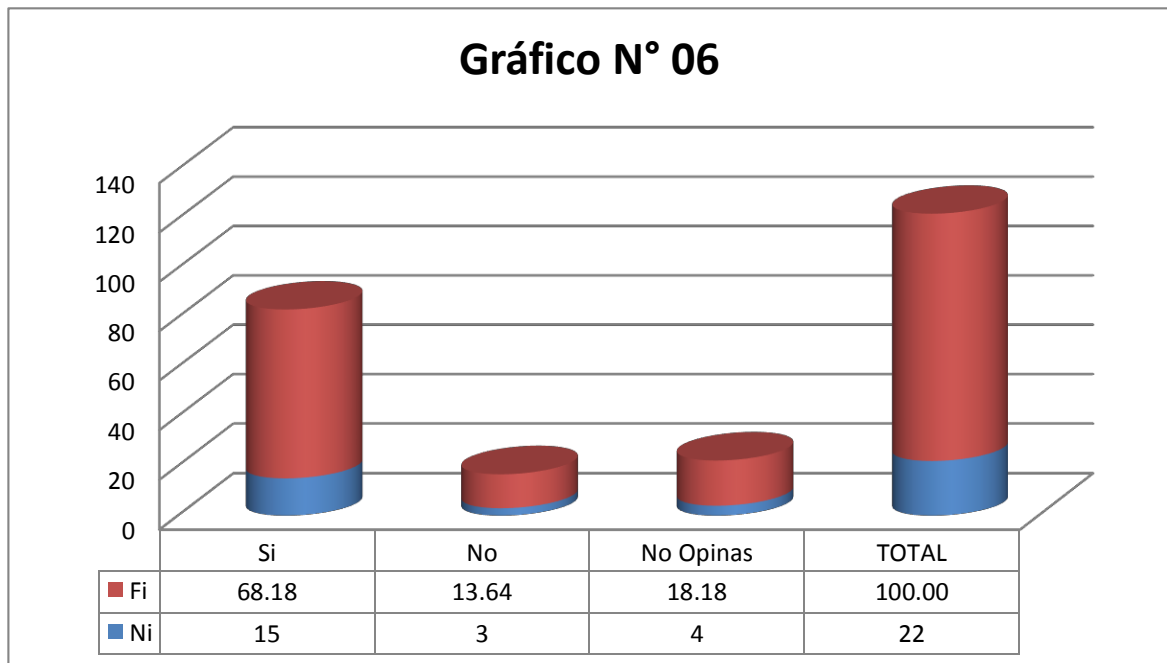
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 18.18% Si, 13.64% No, 68.18% No Opina.

TABLA N° 06
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

6. ¿A su parecer urge una modificación del Código civil vigente en este punto registral inmediato?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



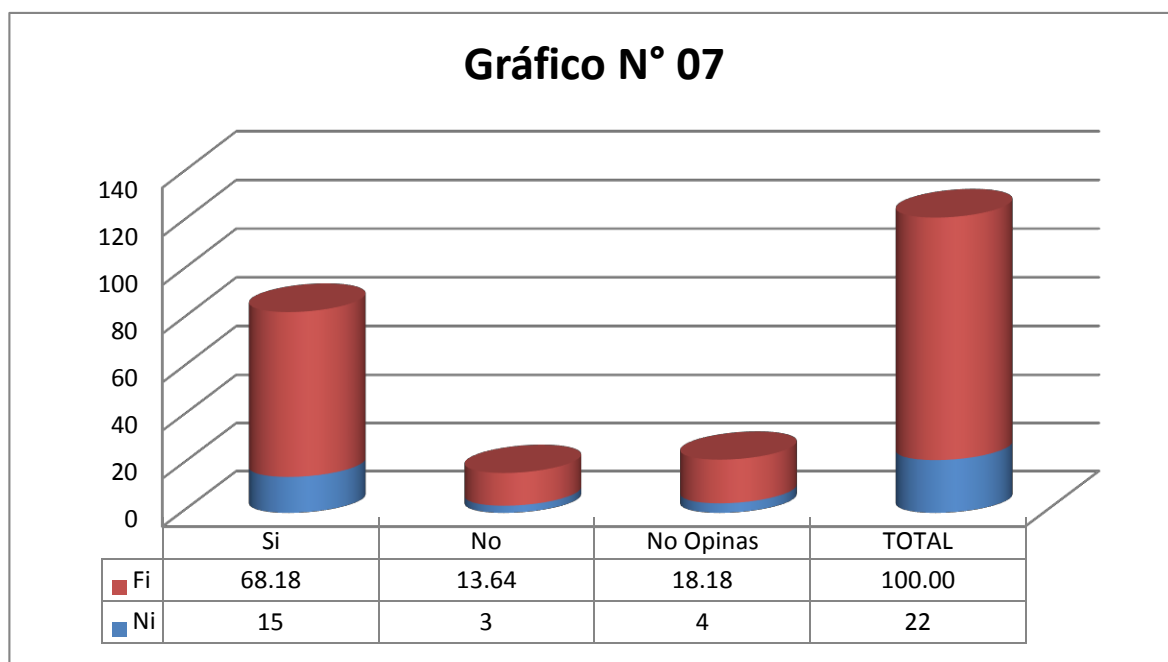
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 07
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

7. ¿En los casos de doble venta se prefiere al primer propietario que efectúa la inscripción registral?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



INTERPRETACIÓN

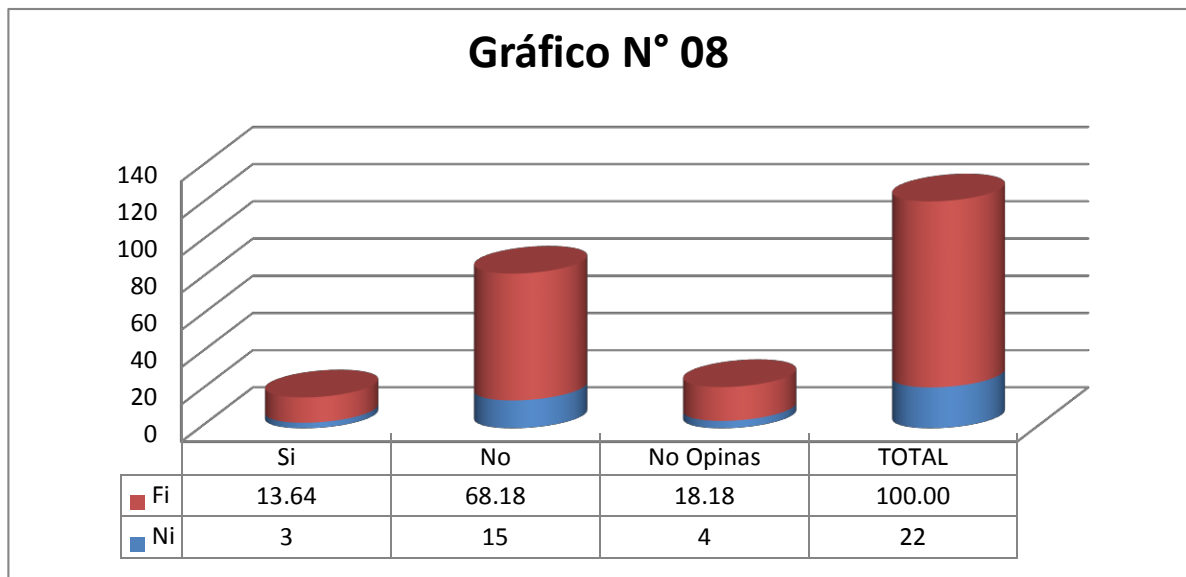
Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 08
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

8. ¿No se requiere modificación al condigo civil porque como esta normado es satisfactorio?		
	Ni	Fi
Si	3	13.64
No	15	68.18
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada

Elaboración: El Investigador



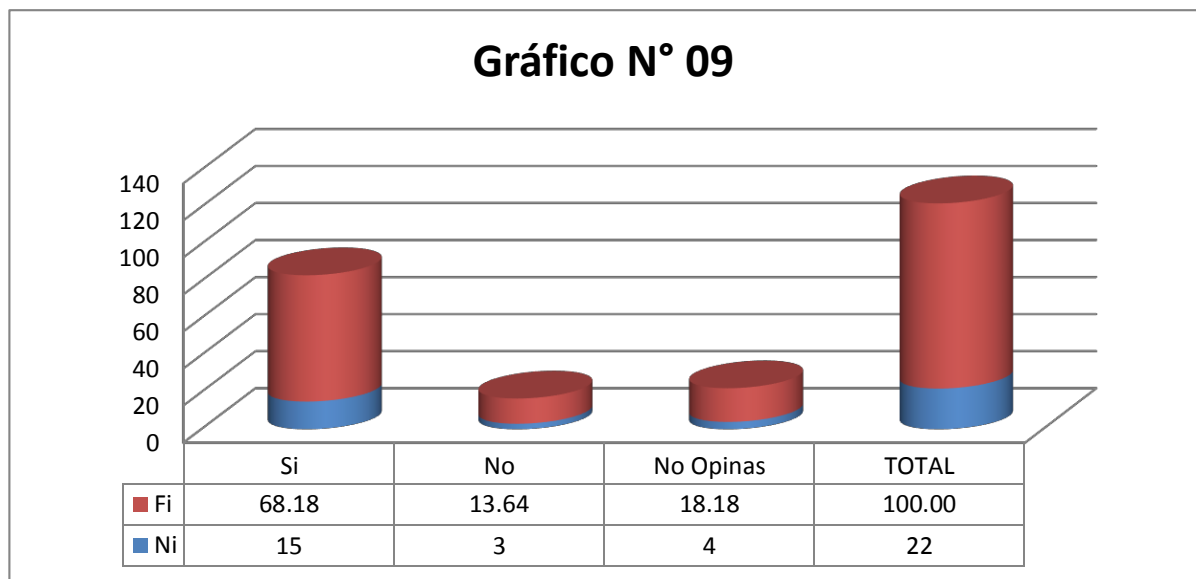
INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 13.64% Si, 68.18% No, 18.18% No Opina.

TABLA N° 09
ENCUESTA A JUECES Y ABOGADOS

9. ¿El propietario registral puede hacer uso de la reivindicación del mejor derecho para defender su propiedad en caso de doble venta de su propiedad?		
	Ni	Fi
Si	15	68.18
No	3	13.64
No Opinas	4	18.18
TOTAL	22	100.00

Fuente: Encuesta Aplicada
Elaboración: El Investigador



Interpretación

Se ha determinado en base a 22 la muestra de la población encuestada ha determinado que 68.18% Si, 13.64% No, 18.18% No Opina.

3.6. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Contrastación de Resultados de Trabajo de Campo con los Referentes Bibliográficos.

Precisión sobre el derecho de propiedad dentro del derecho civil patrimonial, uno de los temas con mayor relevancia jurídica y de interés no sólo económico sino de orden social, es la propiedad, puesto que se va incrementando el tráfico inmobiliario por la misma sobrepoblación mundial.

La humanidad empezó, la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de todos los bienes, las cosas que los tenía a su alrededor, configurándose así, la posesión y la propiedad, pero como consecuencia inmediata se empezó a generar algunos problemas, como no respetar las propiedades privadas, entonces se acordaron organizarse en sociedad y estados con la finalidad de preservar su vida, libertades y propiedades, siendo más adelante, la manera cómo nace el Estado mediante un contrato social.

De tal forma, originariamente la propiedad fue comunal donde el grupo, al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultiva, consolida una situación de hecho denominada posesión, en la cual la

ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra determina el derecho del poseedor.

Justamente, en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad inmobiliaria, es decir con la posesión directa y pública se adquiriría una situación de relación directa entre el hombre y el bien. La propiedad privada no ha existido siempre, como tampoco lo han sido las clases sociales, el Estado, la división del trabajo, etc. La aparición de la propiedad privada está íntimamente ligada a la de estos fenómenos.

Inicialmente, las tierras eran de propiedad de la tribu, donde se dividen entre todas las familias que la integran asignándose terrenos o parcelas temporalmente, dicha división de las tierras en familias posteriormente adquiere permanencia, entonces surge la propiedad familiar que luego se convierte en hereditaria y autónoma. En el mundo contemporáneo, se presenta la escasez de materias primas y recursos naturales, lo que genera la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quién mejor administren. De esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá, y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un

marco institucional que le permita solicitar tutela y protección.

Por tanto, mientras no existan medios, mecanismos, instituciones, etc. que garanticen la inversión en una actividad el derecho de propiedad se ve a todas luces desprotegida. Sin embargo, no es para menos resaltar el derecho de propiedad en Roma, que se desarrolló en función a su expansión en conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y dárselas a particulares, y estos hacer el pago de una tasa anual. Tal situación de hecho, se denomina *possessio*, donde paulatinamente el Estado atribuye un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación. Posteriormente hablamos de *dominio ex jure quiritum* o propiedad quiritaria⁸ que manifestaba la propiedad con carácter de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. En segundo lugar, existía un tipo de propiedad inferior a la quiritaria para los extranjeros denominada *in bonis* o propiedad provincial, pretoriana o peregrina.

El sistema de transferencia en el derecho de propiedad.

En relación a la transferencia de bienes inmuebles, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos dos grandes sistemas de transferencia que uno de ellos es el sistema de unidad de contrato (sistema espiritualista, consensual o francés) y el sistema de separación de

contratos (alemán o del título y modo). El primer sistema sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisiva de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida, donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de la propiedad no requiriéndose acto complementario.

La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, en la circulación de los bienes y al respecto algunos autores señalan que este sistema permite mayor tráfico inmobiliario, dicho sistema tiene su origen en el código francés de 1804.

Por otro lado, tenemos el sistema de la doble causa (sistema del título y modo) en el que se exige de un acto de reconocibilidad social que permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente y paralelamente permita acceder a la publicidad de los demás.

Éste sistema incluye a las teorías de la yuxtaposición del título y el modo o sistema romano y al del sistema registral constitutivo no convalidante. Por lo que este sistema entiende por el título al contrato de compra venta y al modo a la tradición. La transferencia de bienes, según nuestro código civil de 1852, estuvo regulado, en el libro tercero, de las obligaciones y contratos, sección segunda; de los contratos consensuales, título primero, legislaba el contrato de compra venta definiéndolo en su artículo 1305 y

estableciendo el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes y en tanto en el artículo 1308 se señalaba que en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y el pago del precio. Ello nos permite advertir que el contrato de compra venta en bienes muebles e inmuebles era consensual también la transferencia de la propiedad, además de la redacción del artículo 1308 se deduce que aún no se hizo distinciones entre cosa, bien o bienes muebles o inmuebles. Podemos entonces señalar, que el código civil peruano de 1852 seguía el modelo francés. Además, conviene aclarar a la fecha de entrada vigencia del código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del código civil francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por el cual el código civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del código de Napoleón.

Al respecto es necesario resaltar la postura de Manuel Augusto Olaechea²⁸ en el que ya hablaba de una clasificación de bienes registrados y no registrables.

Seguridad jurídica y el efecto *erga omnes* en la transferencia de bienes inmuebles

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

El Tribunal Constitucional sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista del documento fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad. En la

referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, ha sido cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, de lo que se trata es de que el registro refleje la realidad jurídica extrarregistral.

Con esta premisa y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además, es necesario también señalar, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren. Por ello podemos señalar que seguridad jurídica, aunque no se encuentre expresamente

regulada en la constitución, se desprende que es un derecho fundamental de todo ciudadano y elemento consustancial del estado de derecho constitucional.

3.7. APORTE CIENTIFICO

En el campo científico o más propiamente de la ciencia del derecho ha permitido en el sistema jurídico peruano establecer la coexistencia sin mezclarse ni confundirse dos sistema de transferencias de propiedad denominado mixto porque para adquirir bienes muebles se adopta el sistema de separación de contrato y modo (título y modo) al exigirse la tradición como requisito *sine qua non* y para el caso de bienes inmuebles sistema de transferencia espiritual o consensual porque la sola obligación hace propietario al acreedor, apartándose así del sistema romanista y del modelo de nuestro primer ordenamiento civil.

En la realidad ha permitido demostrar que mientras subsista el sistema espiritual el ordenamiento jurídico peruano requiere modificar el sistema de transferencia de la propiedad prevenir los actos dobles de transferencia, doble venta o venta múltiple existente en nuestro medio debido al creciente tráfico jurídico de bienes inmuebles y por la presencia de estafadores profesionales de cuya presencia da cuentas lo medios cotidianamente.

En términos prácticos el aporte de la investigación es el haber demostrado que el consensualismo en el tráfico de inmuebles no permite seguridad sino únicamente una mayor frecuencia con un acentuado perjuicio de ciudadanos de menos recursos económicos.

Nuestra contribución permite en el campo filosófico aperturar el debate en torno a la justicia como principio y como derecho fundamental en la administración de justicia y en los donde opera la autonomía de la voluntad y específicamente en el derecho de propiedad que se presenta impregnada de gran mezquindad la que se debe innovarse porque nos encontramos en un mundo económico patrimonial que cada día se va globalizando más, considerándose a la naturaleza como un bien jurídico protegido por el derecho objetivo y el hombre no puede escindirse de ella, sencillamente porque es parte vital de la misma, es su usuario y beneficiario natural y como tal ha adquirido una nueva y extraordinaria categoría socio-jurídica y natural, de “ser eco ambiental de tipo genético”.

En el campo institucional se ha demostrado que los registros públicos han evolucionado grandemente, estructuralmente y tecnológicamente que en tiempo real y a bajo costo se puede brindar seguridad jurídica con sus asientos registrales en tiempo real en el tráfico jurídico de bienes inmuebles con el uso de un sistema integrado entre las Notarías Publica,

Estudios Jurídicos y los Registros Públicos.

En cuanto a la primacía del derecho real sobre el derecho personal, sustentada en la oponibilidad *erga omnes* del primero, recogida en las resoluciones judiciales de los jueces de Huánuco ocasiona resultados injustos tal como lo hemos demostrado científicamente por qué no primar el derecho real no inscrito sobre la hipoteca inscrita en los Registros Públicos valiéndonos de la doctrina, actualizada tanto la propiedad inmueble como la hipoteca son derechos reales en cuanto a su naturaleza en sus calidades de Derechos Real Principal y Derecho Real de Garantía por lo que la oponibilidad *herga homnes* queda neutralizada y el factor más razonable para resolver el conflicto es la preferencia y publicidad registral estos innovadores conceptos Va en provecho de la comunidad jurídica y de la sociedad que requieren seguridad jurídica y bienestar de los ciudadanos de Huánuco.

3.8. CONCLUSIONES

- 1) Que en el Perú tenemos dos modos de adquirir la propiedad inmueble: i) mediante el simple consenso o contrato entre las partes (art. 949) y ii) por medio del registro cuando hay que oponerlos a terceros, (art. 1135), que es el modo *sui generis*. Tales reglas no hacen sino reconocer dos sistemas contrapuestos que regulan la transferencia de la propiedad inmobiliaria.
- 2) Nuestro actual sistema no permite un tráfico inmobiliario seguro, sino únicamente con mayor frecuencia impregnada de inseguridad jurídica y con perjuicio de los ciudadanos por el fraude.
- 3) Lo más adecuada a nuestra realidad es la aplicación del sistema registral constitutivo no convalidante porque generará mayor seguridad jurídica.
- 4) Que influye la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble porque opera la seguridad jurídica y evita la injusticia que ocurre cuando no influye la prioridad y publicidad registral en la prevalencia de la hipoteca sobre la propiedad inmueble.

3.9. SUGERENCIAS.

1. Socializar a los jueces, abogados, notarios y registradores en la ciudad e Huánuco y de la Oficina Zonal de los Registros Públicos de Huánuco, respecto a la importancia que tiene la seguridad jurídica registral en el tráfico jurídico de los bienes inmueble, para evitar de esa forma: la desconfianza, la incertidumbre y el concurso de acreedores que son comunes en la realidad circundante.
2. Fortalecer los registros públicos y notarías con sistemas informáticos (plataformas) que permitan crear un archivo interconectado a nivel nacional que garantice a los usuarios una real seguridad jurídica registral en todos los aspectos.
3. Que el Ministerio de Justicia previo interconecte mediante sistemas informáticos a los abogados, Cámaras de Comercio, Notarios y Registros Públicos para que virtualmente y en tiempo real puedan informarse de los contenidos registrales del bien o bienes materia de compraventa o gravamen al momento de la facción de la minuta y escritura pública.
4. Los registros públicos han evolucionado significativamente con relación a épocas pasadas porque cuenta con: i) una infraestructura moderna e interconectada virtualmente, ii) costos sustancialmente más bajos que

antes, al igual que los costos de los notarios; iii) avanzada elaboración del sistema catastral registral por lo técnicamente se puede evitar a los timadores profesionales.

BIBLIOGRAFIA

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. “La teoría de la publicidad registral y su evolución”. (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como académico de número y contestación de Luis Díez- Picazo y Ponce de León). Madrid- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales, Tomo 11, Tercera Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires.

BARANDIARÁN, LEÓN “Tratado de Derecho Civil” Tomo V, VI, VII, VIII Derecho de los Contratos, Contratos Nominados (Primera Parte) Contratos de Compra Venta, Gaceta Jurídica versión 2002.

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

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

BORDA, Guillermo A., Manual de Derechos Reales, Cuarta edición, Editorial PERROT, Buenos Aires, 1994;

CASTILLO FREYRE, MARIO “Contrato de Compra Venta”. Edición 2003, Ediciones Legales. www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 23 .

CASTILLO FREYRE, MARIO “La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica”. Edición 2007. Palestra Editores – Colegio de Notarios. Lima – Perú.

CABANEILAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Santillana. Quinta Edición. Buenos Aires, 1962.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, Instituciones de Derecho Civil, los Derechos Reales, Tomo 1, Editorial Castrillón Silva S.A., Lima, 1952;

DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Barcelona - José María Bosch Editor, S.A., 1991 .

FELIPE OSTERLING PARODI. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del C.C. Lima, 1985. pág. 293.

GACETA JURIDICA, CODIGO CIVIL COMENTADO(COMENTAN 209 ESPECIALISTAS EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL), Vol. V- DERECHOS REALES Obra Colectiva 2ª Edic., Mayo-2007, 743 pp.

GACETA JURÍDICA, Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. “Diálogos con la Jurisprudencia”. Primer Edición, julio 2012. Gaceta Jurídica.

GACETA JURÍDICA CÓDIGO PROCESAL CIVIL Digital “Gaceta Jurídica”.

Lima – Perú. Edición enero 2011.

GONZÁLEZ BARRÓN, GUNTHER “Tratado de Derechos Reales”

Segunda Edición: Enero 2008; Juristas Editores E.I.R.L.

GONZÁLEZ BARRÓN, GUNTHER “Tratado de Derecho Registral

Inmobiliario” Segunda Edición: Enero 2008; Juristas Editores E.I.R.L.

GACETA JURÍDICA, Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. “Diálogos con la Jurisprudencia”. Primer Edición, julio 2012. Gaceta Jurídica.

HINOSTROZA MIGUEZ, Alberto “Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión” Doctrina – Jurisprudencia, Segunda Edición, mayo del 2011. Juristas Editores.

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo 1, Volumen 111, Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía-Editores. Buenos Aires, 1950.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, Los Derechos Reales, Tercera edición, Librería Studium, Lima, 1984;

MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, “EXÉGESIS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984” Tomo III, Lima 2000

MOISSET DE ESPANÉS, LUÍS. “La Publicidad Registral” Cuarta Edición, Lima Marzo del 2004. Palestra Editores

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel, Derechos Reales, Derecho Hipotecario, Segunda Edición, Editado por la sesión de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1986.

RAMÍREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA “Tratado de Derechos Reales, Tomo II” Segunda Edición, Abril 2003.

REVOREDO DE DEBACKEY, Delia. (compiladora). Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Tercera Edición, Lima, 1988.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de/os Derechos Reales. Tomo II Propiedad-Copropiedad. Editorial Rodhas, Lima, Segunda Edición, 2003.

ROMERO ROMANA, Eleodoro, Derecho Civil, Los Derechos Reales, Tomo I, Segunda Edición, Lima; PUIG BRUTAU,

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo II, Quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1958.

FUENTES :(PÁGINAS DE INTERNET):

www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal:
2005-5822 8

<http://dspace.uah.es/jspui/handle/10017/1255>.17.

www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal:
2005-5822

www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal:

2005-5822 24 LEYVA, J.A. "Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos",
En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" del "Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España". Madrid, Nº 591, marzo - abril 1989.

Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

Reservados todos los derechos.

ANEXOS

CUESTIONARIO PARA PROPIETARIOS LITIGANTES

1. ¿El derecho de propiedad privada debe ser garantizado efectivamente por el Estado?

Si ()

No ()
2. ¿Está usted de acuerdo con la prevalencia de la propiedad sobre los derechos de crédito?

Si ()

No ()
3. ¿Estaría usted de acuerdo que para un pleno ejercicio del derecho patrimonial (derechos y obligaciones) se tenga en cuenta la prioridad y publicidad registral?

Si ()

No ()
4. ¿para usted debe prevalecer la hipoteca preinscrita sobre la propiedad inmueble no inscrita?

Si ()

No ()

5. ¿Los registros públicos es un archivo de información?

Si ()

No ()

6. ¿Los registros públicos es una institución de fe pública o credibilidad que garantiza los derechos ciudadanos?

Si ()

No ()

7. ¿Está usted de acuerdo que toda la transferencia de propiedad inmueble sea inmediatamente inscrita en los registros públicos para la tranquilidad de los contratantes?

Si ()

No ()

ENCUESTA PARA JUECES Y ABOGADOS.

1. ¿El código civil expresamente regula el mejor derecho a la propiedad?

Si ()

No ()

2. ¿El Código Civil vigente regula expresamente la acción reivindicatoria?

Si ()

No ()

3. ¿A su entender el mejor derecho a la propiedad es un derecho real al igual que el derecho el de reivindicación?

Si ()

No ()

4. ¿Fundamente legalmente (ley expresa, clara) en sus demandas el mejor derecho de propiedad?

Si ()

No ()

5. ¿Fundamenta usted jurídicamente (jurisprudencia, plenos jurisdiccionales y doctrina) sus pretensiones de mejor derecho de propiedad?

Si ()

No ()

6. ¿A su parecer urge una modificación del Código civil vigente en este punto (mejo derecho de propiedad)?

Si ()

No ()

7. ¿En los casos de doble venta de bienes inmuebles usted en sus demandas pide reivindicación o mejor derecho a la propiedad?

Si ()

No ()

8. ¿No se requiere modificación al condigo civil porque como esta normado es satisfactorio?

Si ()

No ()

9. ¿el mejor derecho de propiedad es un derecho real imprescriptible y diferente a la acción de reivindicación y está establecido así en la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales del derecho?

Si ()

No ()