

I. INTRODUCCION

El presente trabajo apunta a realizar un análisis comparativo de los diferentes y principales sistemas jurídicos existentes de transferencia de la propiedad inmueble, con el fin de, sobre la base de dicho estudio, entender a cabalidad el modo de transferencia de la propiedad Inmobiliaria en el Perú y su relación con la publicidad que toda transmisión de derechos reales requiere. Su pretensión, entonces, no es más que la de presentar un estudio detallado de la teoría del MODO y su aplicación en el comercio de inmuebles, que sirva de instrumento de trabajo a estudiantes y estudiosos del derecho para visualizar mejor las virtudes y defectos de seguir reputando al consenso, en el país, como el modo de transferencia de la propiedad inmueble y su eficacia como medio publicitario.

II.

LA TRANSMISION DEL DOMINIO: TEORIA DEL TITULO Y EL MODO: NECESIDAD DE LA PUBLICIDAD FRENTE A TERCEROS

Un contrato es, generalmente, el vehículo utilizado para transferir el dominio sobre un bien inmueble. En palabras del jurista argentino Moisés de Espinós (1), "un derecho personal efímero, y de naturaleza transitoria, sirve de vehículo para trasponer la titularidad de un derecho real de un sujeto a otro."

Por lo tanto, esa transferencia de la titularidad que, en nuestro caso hemos de referirnos concretamente al derecho real de propiedad, influye desde dos puntos de vista:

- El de los contratantes que necesitan de la realización de un hecho que materialice la transmisión de dominio, despojando a un sujeto de su derecho de propiedad e insinuando a otro con dicho derecho, sobre un inmueble determinado.
- El de los terceros, interesados en conocer la hostiposión de derechos sobre inmuebles socializados. Ello se logra, mediante un adecuado sistema de publicidad que garantice la recepción de la noticia de la transferencia y permita "gobernar" la noción de buena fe creencia, como garantía de seguridad jurídica.

El tráfico jurídico de inmuebles, no escapa a lo anteriormente indicado. Es más, por el sentido económico que el bien inmueble representa, resulta claro que la propia realidad de los hechos reclama un adecuado sistema de seguridad para el adquirente (2). A tal punto que la única decubita y trascendente sea la respuesta a la interrogante de si realmente el modo de adquirir basta para cumplir con una doble función de vehículo transmisor de derechos y, al mismo tiempo, exteriorizador de hechos y situaciones jurídicas reales.

Creemos entonces indispensable que, como premisa previa a todo estudio comparado de los principales sistemas de transferencia de la propiedad inmueble, distingamos por un lado, la teoría del Título y del Modo y, por otro, el carácter publicitario que cumple o pretende cumplir este último concepto.

En términos muy generales, al respecto, hemos de indicar que en palabras de Ferrn, Jahn y Jean Massad (3), "el título (de adquisición) es un acto jurídico cuya finalidad consiste en transferir la propiedad sobre un derecho real a un otro traslativo. La venta, la permuta, la dación en pago, la donación, el legado singular, son actos traslativos (...). Asimismo, Felipe Clemente De Jago (4) expresa que "... título, en general, es lo causa o razón que justifica una cosa, o sea su fundamento, correlación o un derecho, esto que explica y justifica a palabra o escritura (...), y como los derechos nacen en virtud de hechos, el título está constituido por otros hechos en cuanto engendran o dan nacimiento al derecho en cuestión (...). De esta manera, el título sobre el título o afirmar que "... los contratos traslativos de dominio no son modos de adquirir, sino meros flujos que posibilitan la adquisición (...)."

La Publicidad en la Transferencia del Dominio Inmobiliario

Gastón Fernández Cruz
Abogado, Profesor de Derecho Civil en la
Universidad de Lima y en la Pontificia Uni-
versidad Católica.

Para, particularmente, creemos que es Salvat (8) quien desarrolló con claridad meridianamente la distinción entre modo de adquirir la propiedad y título: "...En el derecho romano, lo mismo que en los países que como el nuestro (se refiere a la Argentina) conservan la tradición entre los modos de adquirir la propiedad, hay que distinguir el modo y el título: el primero, sea el hecho o acto que da nacimiento a la adquisición; el segundo, el acto jurídico que algunas veces se encuentra como antecedente del hecho o acto de adquisición (...)"⁸. Más adelante agrega "El Título contiene solamente un derecho a la cosa, pero la propiedad sólo se transmite cuando el modo se ha cumplido".

Por esto, pues, "los hechos que individualizan y concretan el dominio, originándolo para una persona, son los modos de adquirir el dominio" (7).

Todo lo antes expresado, tiene la vital importancia de hacer entender a cabalidad, los instantes en que operan Título y Modo. Es más, puede que en un mismo instante coincida el momento de perfeccionamiento del Título y el de cumplimiento del Modo, pero ello no significará que entendamos que ambos son parte de un mismo concepto, el título siempre será la causa de una adquisición, el Modo, el hecho mismo de adquisición. Si costáneamente se dan Título y Modo, estaremos probablemente ante un contrato manual, de efectos reales, pero entendiendo siempre que el título estará representado a través del Contrato y el Modo en la cesión o tradición, según se trate de un contrato que verse sobre la transferencia de propiedad inmueble o mueble.

Nuestra afirmación es teóricamente importante de destacarse, aunque en la realidad esto no signifique alteración alguna de los hechos. Así, cuando tratándose de la transferencia de la propiedad inmueble afirmamos que en el Perú, "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (...)" (artículo 949º del Código Civil), en rigor no estamos afirmando que el contrato por sí solo transmite la propiedad; no es que el consenso baste para transmitir derechos reales sobre inmuebles. Lo que sucede es que la propia ley, hace coincidir en un mismo instante perfeccionamiento del Título (contrato) y cumplimiento del Modo (cesión), salvo disposición legal diferente a pacto en contrato. Osterling (5) afirma —por ejemplo— al respecto: "(...) Si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles, se infiere que ellos regulan expresamente no sólo la transferencia de propiedad de tales bienes, sino también la transferencia de derechos, lo que pone de manifiesto que el ser dichos contratos consensuales y no traslativos, el título mediante el cual opera la transferencia del derecho es el respectivo contrato, y el modo de transmisión es la cesión. En el caso de los bienes muebles, el título es el contrato de compraventa o de permuta y el modo de adquisición es la entrega."

Ahora, si el modo de transmisión de derechos es básicamente un hecho que origina pues una adquisición, ¿no requiere de un adecuado régimen de publicidad? ¿Basta el cumplimiento del modo para exteriorizar, además de insertar, propiedad? En este sentido, Gatti (9) afirmaba que la publicidad en materia de derechos reales, debía radicar en la exteriorización de las situaciones jurídicas reales (referidas a cosas individualizadas), o los efectos de que, posibilitando su cognoscibilidad por los terceros interesados, puedan serles oponibles.

Por su lado, Nociles (10) destaca que esencialmente la publicidad de los derechos reales se refiere a ellos cuando son ejercidos sobre inmuebles, ya que los bienes muebles en cambio, como la propiedad sobre ellos se presume por aquel que tiene la posesión, no ofrece problema en principio y que, por ende, tres líneas:

— por protección al titular de un derecho real, para que sea respetado en sus ejercicios

- que la sociedad respete ese derecho legítimamente constituido.
- proteger el interés y el derecho de terceros.

Repárese que, tanto en la afirmación de Gatti como en la de Nociles, en la base o fundamento de la publicidad, se encuentra una exigencia social: en la protección del derecho real de propiedad individual, se está protegiendo el interés de todos, pues el obligar a respetar un derecho bajo el supuesto exclusivo de su previo conocimiento, implica que cualquier posible sacrificio de un real propietario en beneficio de quien adquiere con buena fe de un propietario aparente, es la excepción: el sacrificio de hoy, fue el protegido adquirente de ayer y de mañana. Sendo pues la apariencia sólo la excepción, se justifica en bien de la colectividad este sacrificio aislado.

Citas:

- (1) MORET DE ESPANES, Luis. "La Transmisión del Dominio y otros Derechos Reales en la Reforma al Código Civil Argentino". Editorial de Bélgica. Instituto de Derecho Privado. Universidad de Bélgica. Año 1978. Volumen I. Buenos Aires, Argentina.
- (2) Repárese que no pretendemos con esta afirmación justificar la absoluta diferenciación entre bienes muebles e inmuebles, sustentada en el supuesto mayor valor de los segundos sobre los primeros. Creemos que actualmente resulta in cuestionable el mayor valor de ciertos muebles, cuyo trascendencia económica supera a ciertos inmuebles por su proyección —acciones por ejemplo—. Por ello, el contenido económico de los bienes en general, debe ajustarse a un adecuado régimen de publicidad o seguridad en cada caso. En las acciones se logra con la inscripción de las del tipo "al portador", exige la comunicación a la sociedad y su inscripción en el registro de acciones y transferencias o, cuando éstas se cotizan en bolsa, a través de la transferencia exclusiva por agentes de bolsa debidamente autorizados. Lo cierto es que, tanto en los inmuebles como en los muebles identificables de relativo valor económico, se ha buscado obtener un sistema adecuado de seguridad sustentado, a su vez, en un adecuado régimen de publicidad, que muchos han olvidado encontrar en el sistema registral, sea éste considerado como constitutivo o declarativo.
- (3) MAJAUO, Héctor León y Juan. "Lecciones de Derecho Civil". Ediciones Aulicolas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1978. Parte I.
- (4) DE DEGO, Felipe Clemente. "Instituciones de Derecho Civil", tomo I. Artes Gráficas San Martín. Madrid, España, 1959. Pág. 415. Esta definición más amplia, permite introducir dentro del concepto de título, instituciones como la prescripción adquisitiva pero unida a otros requisitos: posesión continua, pacífica y pública como propietario o título justo, válido y verdadero, si se trata de buena fe.
- (5) DE DEGO, Felipe Clemente. Ob.Cit. Tomo I. Pág. 423.
- (6) SALVA, Raymundo. "Tratado de Derecho Civil Argentino". Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1945. Parte VII. Tomo I. Pág. 426.
- (7) DE DEGO, Felipe Clemente. Ob.Cit. Tomo I. Pág. 398.
- (8) OSTERLING PARODI, Felipe. "Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI: Las Obligaciones". Artes Gráficas "Industria Avanzada". Lima, Perú, 1985. tomo V. Parte II. Pág. 293.
- (9) GATTI, Edmundo. "Tratado General de los Derechos Reales". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1980. Pág. 369.
- (10) NOCILES, Luis Volante. "Derechos Reales". Boques Dapalma Editor. Buenos Aires, 1956. Pág. 525-526.

En palabras de González y Martínez (1), el término "publicidad" pase en el derecho privado acepciones variadas que responden a un concepto fundamental, el de llevar a conocimiento de los interesados actos o hechos jurídicos reconocidos y apoyados por la ley con sanciones más o menos enérgicas. Una vez, equivale a mero anuncio o noticia que asegure las relaciones jurídicas y proteja a las personas ausentes; otras veces, a notificaciones oficiales hechas o las hechas con la finalidad de amparar la buena fe, favorecer la circulación de la riqueza y asegurar el tráfico, y otras, en fin se eleva a la categoría de forma esencial del acto jurídico.

Si embargo, como bien indica Gatti (12), "publicidad de los derechos reales y modo suficiente de adquisición de derechos reales, son dos conceptos distintos, que no deben, por tanto, confundirse, sin perjuicio de que puedan, a veces, tener relación entre sí. Ambos conceptos separan naturalmente cuando, por ejemplo, se exige la tradición como requisito para la constitución del derecho real (modo suficiente) (13) y se impone la inscripción registral para la oponibilidad de esa constitución a los terceros interesados (publicidad).

En cambio, los dos conceptos se vinculan cuando la inscripción del acto se requiere para que produzca efectos entre las partes (modo suficiente), y, al mismo tiempo, esa inscripción funciona como medio de dar a conocer el acto a todo tercero interesado (publicidad).

En palabras más simples, el modo de adquisición puede representar también un efecto publicitario. Si embargo, tratándose de la cesión o incluso de la tradición, dicha publicidad es nula o muy relativa si no va acompañada de un efectivo sistema registral, que no es sino el concepto más logrado de publicidad en el Derecho. Pese a esto, debemos dejar en claro que aun dentro de un sistema registral, sea éste meramente declarativo de la propiedad o constitutivo de ese derecho real, publicidad y modo de adquisición deben diferenciarse, sin perjuicio que dentro de este segundo sistema ambos conceptos coincidan con el doble fin de producir efectos "inter partes" e informar a terceros.

Finalmente y, en la que a este punto añado, hemos de dejar en claro que no pretendamos dar una visión histórica de la evolución del concepto de publicidad en el Derecho. Si embargo, algo de ello se hará cuando, en forma por demás general, analicemos los antecedentes histórico-romanos de la transferencia de la propiedad inmueble; y más aún, cuando tratemos de los diferentes sistemas de transferencia de la propiedad existentes.

III. TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Antecedentes de la Transferencia de la Propiedad Inmueble en Roma

En Roma, básicamente, es importante destacar que para entender los modos de adquirir la propiedad existente, debemos distinguir la Roma Primitiva y Antigua, de la Roma Imperial Oriental de Justiniano. Resulta importante destacar lo antes mencionado, pues resulta un error común hablar de "la mancipatio", "la in iure cessio" y "la traditio", sin distinguir los momentos en que dichos modos rituales de adquirir la propiedad se desarrollan. "La mancipatio" y "la in iure cessio" fueron paulatinamente desapareciendo, "al paso que se amplió el radio de acción de "la traditio" para extinguirse en forma definitiva cuando Justiniano suprimió la distinción entre la propiedad quiritaria y la bonitaria" (14).

En consecuencia, es en la Roma pre-Justiniana que interesa distinguir la visión dual del dominio: dominum ex iure Quiritum y dominum in bonis habere.

Gaius (15) en sus famosas "Institutas" señala (Inst. I, 40): "...Ahora bien, debemos advertir que entre los extranjeros sólo existe una clase de dominio, ya que se considera que a se es dueño (dominus) de una cosa o no se lo tiene por tal. Este derecho era usual también antiguamente en el pueblo Romano: a se era dueño de acuerdo con el derecho de los Quiritas (ex iure Quiritum dominus) o no se era considerado propietario; pero posteriormente se admitió una división del dominio, de tal modo que alguien puede ser dueño de acuerdo con el derecho de los Quiritas y otro tener la misma cosa "in bonis" (16).

El "dominium ex iure Quiritum" era el propio de la civilis, esto es del derecho particular de los romanos. Di Pietro (17), siguiendo a Fustel de Coulanges, hace notar que este tipo de dominio y los modos mediante los cuales se podía transmitir, estaban imbuidos de ritos religiosos. Indica que "...a medida que fue acentuándose el tráfico con los extranjeros, apareció más notable que la simple relación real que era común de los otros pueblos, no tenía los mismos caracteres del "dominium ex iure Quiritum", y aquí sobrevino la duplicación. A las cosas que se deferriban de acuerdo con el "ius gentium", los romanos las referían simplemente como "tenimientos entre los bienes" (in bonis habere); de allí deriva el término propiedad "bonitaria" cuyo uso parece haber sido impuesto por los juristas bizantinos; también fue llamada "pretoriana". Las diferencias fundamentales desde el punto de vista jurídico entre ambos géneros de dominio son las siguientes:

- a) La propiedad quiritaria es propia del "ius civile"; la propiedad bonitaria propia del "ius gentium".
- b) Para adquirir la propiedad quiritaria, habría que recurrir a cualesquiera de los cinco modos prescritos por el "ius civile": mancipatio, in iure cessio, usucapio, ad iudicium y lex; en cambio, la propiedad bonitaria se puede adquirir por cualesquiera de los modos del "ius gentium" o del "ius naturale": traditio, occupatio, accessio, specificatio, etc.
- c) La propiedad quiritaria está protegida desde antiguo por una "actio in rem" del "ius civile", que es la "rei vindicatio"; en cambio, para proteger la propiedad bonitaria —ex iure causa— hubo que recurrir a una creación pretoriana, la "actio publiciana in rem". Justiniano abolió directamente esta distinción para implantar la propiedad única.

Citas:

- (1) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo. "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil". Citado por AREAN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz. "Título de los Derechos Reales y del interés de los terceros". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 99.
- (12) GATTI, Esmundo. *Ob.Cit.* Pág. 377.
- (13) No debemos olvidar que el autor argentino enfoca el asunto en cuestión desde el propio orden normativo, en donde la tradición constituye el modo de transferencia de la propiedad en general; esto es, tanto de bienes muebles como de inmuebles.
- (14) AREAN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz. *Ob.Cit.* Pág. 102.
- (15) Gaius fue autor de fama en el Imperio Romano que vivió durante el Siglo II de nuestra era y cuyo obra vive de basamento a las Institutas de Justiniano, el Digesto de Justiniano y las Roma Vaghotorum.
- (16) Texto traducido y anotado por DI PIETRO, Alfredo. Ediciones Librería Jurídica. La Plata, Argentina, 1975.
- (17) DI PIETRO, Alfredo. *Ob.Cit.* Pág. 96.

La Mancipatio

Como ya hemos indicado, se trataba de un modo de adquirir la propiedad del "ius civile", esto es, entre ciudadanos romanos. Era un modo ritual en extremo, solemne, celebrado delante de cinco testigos y el "libripens", portador de la balanza de bronce. El adquirente tomaba la cosa pronunciando una frase ritual y luego de golpear con el cobre la balanza, se la daba al enajenante, como si fuera el precio. Gaius (18) reseña al respecto: "La mancipatio, como lo hemos dicho precedentemente, es una especie de venta imaginaria y se trata de uno de los derechos propios del "populus" Romano. El procedimiento es así: en presencia de no menos de cinco testigos, ciudadanos romanos púberes y de un otro de la misma condición que debe sostener una balanza de bronce y es llamado "libripens", aquel que recibe "in mancipio", teniendo la cosa dice: "Afirma que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los quiritas y que me lo ha comprado con este cobre y esta balanza de bronce" (Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse dico iura mihi emptus est hoc aere aeneaque libra). Luego, golpea con el cobre la balanza y solo da a aquel de quien recibe "in mancipio", como si fuera el precio".

Di Pietro (19) agrega al respecto con suma claridad lo siguiente: "...la opinión de que la mancipatio era una venta imaginaria si bien es cierta en la época de Gaius, parece desvirtuarse a medida que retrocedemos hasta su origen. En efecto, en un principio debió ser un acto verídico y netamente simbólico, donde interviene la palabra jurídica de la fórmula y el elemento corpóreo del aere (que para Lévy-Bruhl jugaba un papel mágico más que monetario). Además, en su origen debió también estar unido al nexum (Girard, Manuel, hace desarrollar la mancipatio de la vieja fórmula de la Ley de las XII Tabas: cum nexum facit mancipiumque, ut lingua nuncupasset, ha ius esto).

El efecto principal que tiene la mancipatio es el de transmitir el dominum ex iure Quiritium respecto de la res mancipi; también el de constituir servidumbres sobre los fundos fideius, además aseguraba al comprador de que el vendedor no fuera el verus dominus, ya que si éste aparecía y lograba la restitución de la cosa, el transmitente quedaba obligado a una indemnización del doble del daño (actio auctoritaria); además si el enajenante no hubiera declarado la verdadera extensión de la finca, queda obligado al comprador a pagar el doble del valor del terreno talante (actio de modo agri).

En principio es un acto abstracto, es decir no interesa la causa aunque ésta pueda figurar en la fórmula (venta, donación, fiducia, etc.); también se puede agregar que se realiza por una persona "in potestate". Para otros actos fuera de la transmisión del dominio quiritario se suele emplear también "la mancipatio": así, para la coemptio (Inf. I, 113), para transmitir otro derecho real, como el usufructo o para establecer el testamento per aes et libram; lógicamente las fórmulas varían de acuerdo con las circunstancias propias.

La mancipatio se siguió usando no sólo en la época de Gaius, sino también en la de Paulus y Ulpianus e incluso aparece en el Siglo IV d.c. Se explica esto supervivencia por el poder de la costumbre y el deseo natural de realizar los actos jurídicos más regularmente posible e incluso, como dice Girard, por ciertos caracteres de este acto, tal como la posibilidad de realizarlo sin despojar la posesión —tal el caso de los predios, (...).

Precisamente, en torno a la mancipatio de los predios, Gaius indica que: "...la "mancipatio" de los predios sólo difiere de los otros mancipaciones en que los esclavos y las personas libres, lo mismo que los animales que son "mancipi", no pueden ser mancipados sino en presencia de los mismos, ya que aquél que

recibe "in mancipio" debe aprehender la cosa misma que le ha sido dada en ese acto; es por esto que se llama "mancipatio", porque la cosa es captada por la mano (quia manus capitur). Por el contrario, los predios suelen ser mancipados aun en ausencia de los mismos." (20).

La In Jure Cessio

Fue otro modo ritual y solemne de adquirir la propiedad del "ius civile", tenía lugar frente al magistrado (prefecto o gobernador de provincia), considerando en una reivindicación real. El adquirente empleaba la fórmula de la "vindictio", por lo que afirmaba que había adquirido la propiedad de la cosa y el enajenante o demandado, ante la indicación del magistrado acerca de si quería objetar, guardaba silencio, lo que se interpretaba como otorgamiento a la pretensión del actor. Por ello, el magistrado terminaba declarando que pertenecía a aquel la propiedad." (21).

Gaius (Inf. I, 24), se refiere a ella de la forma siguiente (22): "...La "in iure cessio" tiene lugar de la siguiente manera: ante el magistrado del pueblo romano, por ejemplo ante el prefecto (o ante el gobernador de provincia) aquél a quien la cosa es cedida "in iure", teniendo la cosa en la mano dice así: "Yo digo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los quiritas" (Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse dico). En seguida, después que éste ha hecho su "vindictio", el prefector pregunta a aquel que cede si hace la "contra-vindictio": si él niega o se calla, el prefector efectúa la "addictio" de la cosa a aquél que ha hecho la "vindictio". Esto es llamado una "acción de la ley" (legis actio). Puede también realizarse este procedimiento en las provincias ante el gobernador (proeses),

La "in iure cessio", ha sido por lo general interpretada como una reivindicación ficticia, en donde el silencio del vendedor hacía que se transfiriera la propiedad sobre una cosa en favor del comprador; la ficción consistía pues en ver una reivindicación real, en donde sólo habla silencio. Sin embargo, Lévy-Bruhl (23) ha conjeturado una novedosa interpretación que pretende ver en la "in iure cessio" toda una "legis actio": hay un procedimiento particular, donde la "vindictio" es una fórmula solemne, apta para transmitir la propiedad de las cosas, pero "abstracta" de la realidad (acto abstracto).

La Traditio

Dentro de la Roma pre-justiniana, "la traditio" fue uno de los modos de adquirir del "ius gentium", por lo que no era eficaz para transmitir el "dominium ex iure Quiritium".

Citas:

- (18) Gaius, "Instituta", Texto traducido y anotado por Di Pietro, Afredo, Ob.Cit. Pág. 48, (Inf. I, 119).
- (19) Di Pietro, Afredo, Ob.Cit. Pág. 48-49.
- (20) Gaius, "Instituta", Ob.Cit. Inf. I, 121.
- (21) AREAN DE DIAZ DE VIVAR, Souler, Ob.Cit. Pág. 102.
- (22) Gaius, Ob.Cit.
- (23) LEVY-BRUHL en Di Pietro, Afredo, Ob.Cit. Pág. 91. Por medio de la "in iure cessio" se transmiten actos reales como la tutela, y no ficticios.

Di Pietro (24) la define como "la simple entrega de la cosa por parte del "tradens" al "accipiens", mediante una "iusta causa traditio" y siempre que el "Tradens" sea el propietario de la cosa." Esta definición, tiene la bondad de poner de relieve, los requisitos básicos que debían darse para verificar la tradición de bienes, como modo de transmitir el dominio:

- Que el enajenante ("Tradens") sea el verdadero dueño de la cosa, pues nadie puede transmitir o otro un derecho que no se tiene ("Nemo Plus iuris in Alium - Transfertur Potest Quam Ipse Habet": L. Iulianus D.50, 17.54).
- Que medie una justa causa de adquisición ("iusta causa traditio"); esto es que el adquirente ("accipiens") adquiere en propiedad la cosa que se lo transmite mediante la entrega y no la simple tenencia o posesión. De esta manera se comprende que "la traditio" era un acto causado y no abstracto como la "mancipatio" o la "in iure cessio" (25).
- La entrega real o ficta de la cosa que no es sino el traspaso del control físico sobre ella. Así, respecto de los muebles, la tradición se verificaba "mediante la simple traslación de una mano a otra, y si se trataba de inmuebles, mostrándolo al que estaba presente, si bien antes era costumbre realizar un paseo por él, rodeando sus confines (circumambulatio; D.41.2.3.1) pero incluso se realizaba entregando las llaves que permiten abrir un objeto cerrado—tradición que más tarde los glaucos van a denominar "ambólica" (Inst. Justiniano II, 1, 45; D.41.1.21), o mostrando la cosa desde lo alto de una torre o de una colina (traditio longa manu —D.41.18.2; 46.3.79) o de manera ficticia, cuando se supone que se entregó una cosa a aquél que ya la había recibido por otro título, por ejemplo el locatario de la cosa que asciende a propietario, por lo que resultaría inútil la evolución y nueva entrega de la cosa (traditio brevi manu—D.41.9.5; Inst. Justiniano II, 1.44; D.23.3.43.1) (...)" (26).

Con Justiniano, al eliminarse la división del dominio quitario y banfario, la traditio quedó como el modo derivado de transmisión de la propiedad, por excelencia, de allí que a nuestros días, el sistema real de transferencia de la propiedad inmueble, se le conozca como sistema romano.

3.2 Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Derecho Moderno

Se dice que en lo relativo al comercio de inmuebles es donde juegan los mayores intereses y se suscitan los más vivos conflictos, en relación a la buena fe de los adquirentes (27) y que los problemas relativos a la propiedad "han motivado vivísimas discusiones doctrinarias, desde la época Romana", pues junto con el concepto de Familia, "constituyen los ejes de las Sociedades Humanas" (28).

Lo claro es que no pretendemos nosotros hacer una presentación histórica de la evolución de los diferentes sistemas de transferencia de la propiedad, sino centrar nuestro enfoque en el Derecho Moderno, cuidando de precisar el papel que en ellos juega la protección a terceros adquirentes y el régimen de publicidad.

Por ello, debemos hacer hincapié en que el Derecho Moderno considera como base del derecho real, el modo de adquisición, que evidentemente y como ya hemos indicado al inicio del presente trabajo, no pueda estar desgajado del concepto de título. De esta manera, "título y modo de adquirir son para Hophner el fundamento legal y la forma en cuya virtud se transfiere el derecho real y para Zachariae, la causa jurídica, que es la adquisición legal y el hecho por cuya virtud se consume" (29).

Sin embargo, y como ya sabemos, el título no basta para transferir el dominio: éste se hace efectivo con el cumplimiento del modo, el cual se verifica hoy, a saber, sobre la base principalmente de tres sistemas claramente diferenciados: el consensual, el real y el registral.

3.2.1 Sistema Consensual de Transferencia de la Propiedad Inmueble

Afirmar que en virtud del solo consentimiento se transmite la propiedad sobre un bien inmueble, no quiere decir que título y modo sean lo mismo. En este caso, hay quienes han entendido que el título lo absorbe el modo de adquirir, pero lo que debe entenderse en realidad es que se hace coincidir ambos momentos: el del perfeccionamiento del título, si es que media por ejemplo un contrato, y el de la transferencia de propiedad, ambos ubicados como efectos de la sola voluntad de transferir. (30)

Este sistema, que ha venido a recibir el nombre de "espiritualista", tuvo y tiene en el régimen jurídico-positivo francés sumo nivel y mejor expresión. Así, el artículo 1138º del Código Civil Francés establece el principio del solo consenso en materia de transferencia de la propiedad: "...La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes (...)"

Sin embargo, la existencia de la adaptación de un sistema consensual de transferencia de la propiedad no debe llevar a pensar que no existe un régimen de publicidad de propiedad. En Francia, desde la época de la Revolución Francesa en 1789 ya se había intentado una generalización y unificación de la legislación dispersa, lo que había dado a su vez la promulgación de dos leyes referidas a la publicidad de las hipotecas y de las transmisiones inmobiliarias: La Ley de 9 de Mesidor del año 3 que estableció la inscripción de las hipotecas en un registro especial, y la Ley de 11 de Brumario del año 7, denominada ley de crédito hipotecario, que instaura por primera vez un amplio sistema de publicidad de las transmisiones inmobiliarias, como requisito de oponibilidad frente a terceros.

No pretendemos en este apartado, realizar un estudio del sistema de inscripción registral adoptado en un inicio en Francia, sino sólo precisar en dónde se ubica el cambio que instaura el Código Napoleónico de 1804: en el antiguo derecho

Citas:

- DI PIETRO, Alfredo. Ob.Cit. Pág. 89
- Es importante aquí destacar, que la afirmación excluye los casos de "causa purficta" en los cuales "la cosa está fingida y no obstante ello, el dominio de la cosa es transmitido". Si se suocia en los casos de decir "in negotio" (D. 41.1.30), paga Inaditio (Inst. Justiniano II, 27, 4), e inclusive en los casos de "traditio ab Imperatore" (causa Inmoral). Por ello, DI PIETRO Ob.Cit. Pág. 89 afirma que "ello no movió a considerar que la tradición se da en la intención de enajenar y de adquirir, que se manifiesta en ese hecho concreto (de la entrega) que coincide normalmente con su antecedente (causa), pero que, en embargo, produce sus efectos con este antecedente resultado fingido. La conclusión es que la tradición se celebraría notoriamente o la situación de un "acto abstracto" como la mancipatio y la in iure cessio".
- DI PIETRO, Alfredo. Ob.Cit. Pág. 91.
- FERRAZ, Francisco. "La Simulación de los Negocios Jurídicos". Traducción de Rafael Abad y Juanda de Buena. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1960. Pág. 311.
- ALZAMORA SILVA, Leopoldo. "La inscripción Inmobiliaria". Librería e Imprenta SA Unis. Paris, 1926. Pág. 6.
- HOPNER y ZACHARIAE. Citados en Alzamora S., Leopoldo. Ob.Cit. Pág. 7. Zachariae es citado como fuente de consulta por Víctor Saffari en Moción al antiguo texto del artículo 1051º del Código Civil Argentino que no extendía protección a terceros adquirentes.
- En torno a este punto, ya hemos indicado que la cesión constituye en realidad el modo de transferencia de la propiedad dentro de este sistema.

francés era empleado el sistema romano, en donde la tradición era constitutivo de la transmisión del derecho en la mayoría de los bienes. Pero la tradición llegó a transformarse en una mera ficción, y se consideraba cumplida por medio de cláusulas especiales, denominadas "desolusio solusne" y por las cuales una de las partes afirmaba en el contrato haberse desprendido de la posesión del inmueble y la otra haberlo tomado.

Por esta razón, el Código Francés cree conveniente establecer el principio que la propiedad se transmite por efecto de las convenciones (art. 711 y 1136).

Talsolución, adaptada por un sinnúmero de legislaciones, se vio sin embargo sujeta a muchas críticas —antiguas y modernas— fundamentalmente provenientes de los defensores del sistema real y registral de transmisión de la propiedad.

Al respecto, apunta Salvat (31): "la tradición, reducida en el antiguo Derecho Francés a una simple fórmula, debía, pues, de ser necesario, la voluntad, fuente de la transmisión de la propiedad, debía bastar por sí sola para producirlo, sin necesidad de exteriorizarse por medio de la tradición. Pero el Código Napoleón fue demasiado lejos y olvidó que la tradición tenía por objeto, no sólo exteriorizar la transmisión de la propiedad entre las partes, sino también salvaguardar el interés de las terceras...".

Vélez Sarfield (32) en su nota al artículo 577º del Código Civil Argentino —que recoge la tradición como modo de transferir el dominio— cita a Freitas en lo que representa un comentario más duro y tajante: "...Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas o que se liga a la propiedad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. Esto es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron. Establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la transmisión de la propiedad, muchos juristas no quisieron ver nada más, y dieron luego la propiedad como transmitida y adquirida sólo por el simple poder del concurso de las voluntades en un momento dado. Tómase la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atiende a su elemento social. Córrase con la buena fe de las convenciones, como si la mala fe no fuese posible. Las cosas que se conviene transmitir es posible que no sean transmitidas y la misma cosa puede ser vendida a dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independientemente de cualquier manifestación exterior de la transferencia del dominio, el segundo comprador pedirá de buena fe transmitir también la cosa, que así irá sucesivamente pasando a otras. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles?

Si este mal no puede ser evitado del todo, ¿no convendría evitarlo en lo más que sea posible? Según la teoría del Código Francés sobre la transmisión de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalos entre la perfección de los contratos, la transmisión y su adquisición realizada. La tradición y la posesión nada valen. El derecho personal y el derecho real son una misma cosa. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir (33), entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto. La innovación del Código Civil de Francia fue tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta a la buena razón, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos juristas no dejaron de confesar que esta innovación tan grave fue subrepticamente introducida, sin la discusión especial y profunda que ella reclamaba (...). En vano el legislador francés proclamó su principio de la transmisión de la propiedad por efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó a violarlo en relación a los muebles y a no mantenerlo respecto a los inmuebles, sino por medio de disposiciones contradictorias e incompletas (...)".

Por las razones expuestas, se dicta la ley del 23 de marzo de 1855 que establece, como modo de oponibilidad a terceros, la transcripción en los registros (34) de los actos de transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles, pero con exclusión de transmisiones *mortis causa*, que es conegida en algo por el decreto ley del 4 de enero de 1955, que si bien sigue manteniendo el *regate* como declarativo de la propiedad, mejora la protección a terceros adquirentes, pues la publicación de los actos es obligatoria para oponer derechos, y se recoge el sistema de la inscripción y ya no el de la transcripción.

En realidad, de los sistemas consensuales de la propiedad, poco se puede decir de la protección real que brindan a terceros adquirentes, ya que esto estará referido a la legislación registral que adopten, obviamente declarativo de derechos, pero que puede variar en relación a la tutela brindada a terceros de buena fe.

Por lo demás, la adopción de un sistema registral declarativo, no necesariamente está relacionado con un sistema consensual de transferencia de la propiedad, en la medida que, por ejemplo, España y Argentina lo adoptan, siendo sistemas reales de transferencia de dominio.

Entre las diversas legislaciones que adoptan el solo consenso como forma de transferencia de la propiedad, podemos citar, aparte de la francesa, la italiana (artículo 1376), portuguesa (art. 1316, 1317 y 408), japonesa (art. 176), mexicana (2014), venezolana (art. 1161), boliviana (art. 521), dominicana (art. 1136) y peruana de 1852 (art. 571 y 1308). Todas ellas a su vez, adoptan el sistema registral declarativo de la propiedad, aunque no todas tienen estas normas formando parte del Código Civil (35). Respecto al Código Civil de 1936, como sabemos, adoptó un sistema dual de transferencia de la propiedad, que es seguido por el Código Civil de 1984: consenso para inmuebles, tradición para muebles. En cuanto a este punto, Manuel A. Gioechea, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro

Citas

(31) SALVAT, Raymundo, *Ob.Cit.* Pág. 494.

(32) Notas de Vélez Sarfield al artículo 577º del C.c. Argentino. En "Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas y Comentadas", Tomo I, Editorial Orbea, Goldenstein Mateo y Osoyo y Reitt, Manuel S.A., Argentina, 1963, Pág. 239.

(33) Inexistencia de *no estoppel*. Que coincidan ambos momentos, no significa que se confunda título y modo de adquirir, sino que este perfectamente claro cuando se adopta un sistema dual de transferencia de bienes, como el nuestro, que permite diferenciar el modo de transferencia de los bienes inmuebles (posesión), del de los bienes muebles (tradición).

(34) La transcripción se diferencia de la inscripción, en el sentido que conforme a la primera la documentación que se lleva al registro es copiada literalmente, mientras que en la segunda, se hace un extracto de lo más importante.

En Francia, desde 1955, el sistema adoptado es el de inscripción y ya no el de la transcripción.

(35) Art. 1376 cc. Italiano: "...En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado...".

Quinto del Código Civil de 1936, indicaba que en su concepto debía adoptarse el sistema francés espiritualista para la transferencia de inmuebles pues el sistema real es inferior: "...la tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz" (36).

3.2.2 Sistema Real de Transferencia de la Propiedad Inmueble

El denominado sistema real de transferencia es comúnmente también conocido como sistema romano de transmisión del dominio, y en el derecho moderno supone la realización de la tradición.

Por tradición, se entiende en un sentido lato del término, "la entrega del bien" lo que puede significar tanto una transferencia de la posesión, como de la propiedad, por lo que se comprende que la tradición constitutiva de derechos reales incluye a la tradición posesoria.

Así, por la primera entiende Gatti (37) que consiste en "...la entrega y recepción voluntaria de una cosa, mediante la realización de actos materiales del tradens y del accipiens, o de uno solo de ellos con el asentimiento del otro (tradición posesoria), que implica para el primero la transmisión o constitución de un derecho real sobre el objeto de la tradición capacidad y legitimación para ello y en cumplimiento de la obligación que le impone un título suficiente, y, para el segundo la adquisición de ese derecho real, en virtud de ese título, para lo cual está capacitado".

De esta manera, la tradición puede revestir diversas formas, desde la entrega efectiva de la cosa, conocida como tradición real que en inmuebles puede estar referida a actos reveladores de la forma de la cosa, hasta todas las variantes de la tradición ficta o fingida, que se da cuando no hay entrega efectiva o material del bien que se transfiere sino que ella se supone verificada, sea por la entrega de ciertos signos que representan la cosa (tradición simbólica) o porque ella se reputa realizada pese a no haber entrega material simbólica de nada (tradición longa manus y traditio brevi manu) (38). Todo esta diversa gama de posibilidades y sobre todo el hecho de que la tradición pueda verificarse sin necesidad de entrega física del bien, reveló que la publicidad que pudiera brindar la tradición era ilusoria. La protección de terceros debe darse por otros medios, ya que la tradición antes que publicidad es investidura de dominio.

Siendo el derecho real de propiedad un derecho que debe ser oponible a todos, la mayoría de los sistemas reales de propiedad, también adoptan el sistema registral declarativo como medio de protección a terceros; pero algunos prefieren adoptar una solución original: se produce en muchas legislaciones una ficción referida a la tradición de inmuebles: se reputará efectuada con la inscripción en el Registro. Dentro de esta categoría legislativa podemos mencionar a los Códigos Civiles Chileno (arts. 588, 584 y 586), Colombiano (arts. 740, 754 y 756), Ecuatoriano (art. 705, 719 y 721), el Anteproyecto de Góspel de Código Paraguayo de 1964 (art. 2588, 1) y el Proyecto de Código Civil Peruano de 1891 (arts. 693 y 696) (39).

Se reparará que a fin de cuentas, la "tradición" se vuelve inscripción constitutiva de derechos tratándose de bienes inmuebles en estos casos.

En cambio, dentro de los sistemas que adoptan la inscripción declarativa de derechos podemos mencionar a los Códigos Español (arts. 609, 1095 y 606), Argentino (art. 2524, 2601 y 2535), Salvadoreño de 1947 (art. 651, 665 y 667), mereciendo también destacarse el Código Civil Uruguayo de 1869 (art. 796) (40).

La protección pues a adquirentes de buena fe, en los sistemas reales de transferencia de la propiedad se ve, alternativamente hablando, referida a sistemas registrales declarativos o constitutivos.

La adopción de un sistema registral declarativo de propiedad en cuanto a la protección a terceros que brinda, resulta obvia en tanto precisamente se le recoge como un medio de protección a ellos: los actos no inscritos no surten efectos respecto a terceros; es decir, no los son oponibles. Aquí, la buena fe de terceros adquirentes resulta ser un requisito expreso para la protección que se les pretenda brindar, pero a veces no se le señala expresamente, lo que acarrea dificultades en la interpretación. Precisamente los que intentan negar que la buena fe sea un requisito exigible en los terceros adquirentes, afirman erradamente que en los sistemas registrales constitutivos de la propiedad, el concepto objetivo de fe pública registral, excluye el aparentemente subjetivo de buena fe, por lo que mal puede invocarse expresamente en sistemas registrales declarativos, que por lo general recogen también el principio de la fe pública registral (41).

Ello será plenamente contradicho en el análisis que a continuación hagamos del sistema registral de transferencia de la propiedad inmueble.

3.2.3 Sistema Registral de Transferencia de la Propiedad Inmueble

Al hablar de sistema registral de transferencia de la propiedad inmueble, básicamente nos referimos a las legislaciones que recogen al registro, como modo de transferir el dominio. No así a los sistemas registrales declarativos de derechos y en donde el modo está constituido o por el consenso o por la tradición. Por ello, en este apartado nos referiremos al sistema alemán —y esporádicamente al suizo— que representa por excelencia el sistema registral absoluto, con referencia fengencial al sistema australiano o comúnmente conocida como "sistema Torrens", que constituye una variante original dentro de los sistemas registrales.

Sin embargo, con un afán más que nada clarificador y metodológico, creemos útil que en forma previa nos referimos a los sistemas registrales en general.

Citas:

Art. 2644 "...los actos enunciados en el artículo anterior no tienen efecto respecto a los terceros que a cualquier título hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto trascrito o inscrito anteriormente o la transcripción de los mismos actos (...)"

Art. 1317 cc Portugués: "...El momento de adquisición del derecho de propiedad en:
a) el caso del contrato será el designado en los arts. 408 y 409.

Art. 408 "...la constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se da por el mero efecto del contrato, salvo las excepciones previstas por la ley"

Art. 175 cc Japonés: "...La creación y transferencia de derechos reales tiene efecto por la simple declaración de voluntad de las partes..."

Art. 197: "...La adquisición o pérdida o cualquier alteración de un derecho real sobre un inmueble no producirá efecto a tercera persona hasta que no haya sido inscrito de acuerdo con las disposiciones de la ley concernientes al registro de la propiedad..."

Art. 2014 cc Mexicano: "...En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la tradición de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, ostendiéndose en cuerdas las disposiciones relativas del Registro Público..."

En este sentido, el haber de registros en general, debemos distinguir "tipos", según la función sobre la cual pretendamos poner énfasis. Así hablamos (42) de la existencia de:

- a) Registros declarativos y constitutivos; que responden al papel que juegue la inscripción registral.

Si esto tan sólo es requerido a fin de oponer derechos a terceros es declarativo, en el sentido que "sólo declara o hace constar registralmente algo (el nacimiento, la transmisión de un derecho, etc.) que ya se produjo en la realidad jurídica" (43), mientras que cuando la inscripción da vida al derecho real, además del efecto publicitario frente a terceros, hablamos de la inscripción constitutiva de derechos. Así, y como ya hemos señalado, Francia, Italia, España, Japón, México, Venezuela, Bolivia, Perú, Argentina y El Salvador, entre otros, recogen el primer sistema, mientras que en el segundo se ubican Alemania, Suiza, Australia, Brasil y bajo la ficción que la tradición de inmuebles se verifica con la inscripción Chile, Colombia y Ecuador, entre otros.

Es conveniente aquí hacer mención a los países de la órbita socialista, que en su gran mayoría se inclinan por el sistema real de transferencia de la propiedad. En rigor, los sistemas consensualistas están representados por el Código Civil Romano y el Código Civil Polaco. Por el contrario, en el Derecho de los demás países socialistas la transmisión de la propiedad opera por la tradición del objeto como en el Derecho Romano, pero si se trata de un inmueble, debía ser inscrito en el registro de la propiedad, con la sola excepción de la URSS (44).

Citas

- Art. 3008: "...La inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos..."
- Art. 1161 cc Venezolano: "...En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado..."
- Art. 521 cc Boliviano: Similar al italiano.
- Art. 1538: "...Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público, según la forma prevista por este Código.
"1. La publicidad se adquiere mediante la inscripción del folio que otorga el derecho en el Registro de los derechos reales..."
- Art. 1128 cc Dominicano: Similar al francés.
- Art. 571 cc Peruano de 1857: "...Por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, o a título gratuito, como en la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta..."
- Art. 1308: "...En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio..."
- (36) Exposición de motivos del proyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1935. Pág. 18.
- (37) GATTI, Edmundo. *Ob.Cit.* Pág. 533.
- (38) El denominado "constitutum possessionem", hipótesis contraria la tradición *provisoria*, en la medida que implica la transferencia de un dominio, pero que en embargo sigue poseyendo el inmueble pero a título de un dueño, de una forma de la tradición posesiva y no de la constitutiva de la propiedad, en un sistema real, siempre y cuando previamente ubicada desde el ángulo de visión del antiguo propietario, resulta obvia que dentro de lo visto integral de la tradición jurídica esta última de lo visto integral de la tradición de la propiedad, pues en ésta se como propietario a la parte que pasa o transmite el bien finalmente, a la hace en forma folio.
- b) Registros Convalidatorios o no convalidatorios de títulos: según el papel que represente la inscripción registral en cuanto sea o no considerada como un factor de saneamiento de los títulos que ingresan al registro. Como veremos a continuación, el sistema alemán tiene la virtud de convalidar los títulos nulos por el hecho de ser inscritos en virtud de lo que entre ellos se conoce como la doctrina "del acto abstracto", situación también contemplada en los sistemas suizo y austriaco, pero por razones distintas al del "acto abstracto alemán".
- Por lo general, los sistemas registrales declarativos no son convalidantes de títulos nulos.
- c) Registros Personales y reales: que responden según se refiere la partida registral al titular del derecho o al inmueble. Este segundo sistema, también conocido como "folio real" representaría por lo general "una notoria superioridad frente al registro personal, ya que la sola lectura del folio permite conocer con exactitud no sólo el estado actual del dominio, sino también sus antecedentes, mutaciones y gravámenes" (45). Por ello, por lo general, es el adoptado en la mayoría de las legislaciones registrales, sean éstas constitutivas o declarativas. Sólo en Francia se mantiene como regla general el registro personal, pero se ha introducido ya un régimen de fichas por inmuebles. En Alemania, en cambio, se toma el registro personal como subsidiario.
- En el Perú, como se sabe, se recoge el sistema del folio real.
- d) Registros transcriptores y registros inscriptorios: según se recoja el sistema de la transcripción o el de la inscripción.
- (39) —Art. 684 cc Chileno: "...Se efectuó la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador..." L.3.
—Art. 756 cc Colombiano: similar al chileno.
—Art. 721 cc Costarricense: similar al chileno.
—Art. 2588 Anteproyecto de cc Paraguayo de 1964: "...Adquiere la propiedad inmueble [...] Por la transferencia del derecho de dominio seguida de la tradición y la inscripción del título en el Registro de la Propiedad..."
—Art. 693 Proyecto de Código Civil Peruano 1891: "...Por enajenación adquiere una persona, o título gratuito u oneroso, el dominio de un bien ajeno, o cualquiera de los derechos que el dominio comprende.
El que adquiere dominio, se llama enajenado y el que lo transmite, enajenante.
Cuando la ley emplea la palabra enajenación, sin expresar si es gratuito u oneroso, se entiende celebrada a título oneroso."
—Art. 196: "...La enajenación se completa por la tradición, que es la entrega del bien enajenado, poniéndolo a disposición del nuevo dueño. No se reputa verificada la tradición de inmueble o derechos reales enajenados, sino cuando se inscribe la enajenación en el registro de propiedad..."
- (40) —Art. 1095 cc Español: "...El comprador tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregársela. Sin embargo, no adquiere derecho real sobre ellas hasta que le haya sido entregada..."
—Art. 536: "...Los frutos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el registro de la propiedad, no perjudican a terceros..."
—Art. 2601 cc Argentino: "...Para que la tradición translativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la recibe ser capaz de adquirir..."
—Art. 2505: "...La tradición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzga perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponde. Entre adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros ni entran registradas..."
—Art. 651 cc El Salvador de 1947: similar al chileno.
—Art. 657: similar al chileno, con la salvedad que no se efectúa

Por lo general, el sistema de la inscripción—también adoptado en el Perú— es el mayormente recogido en las legislaciones registrales, calificándose al de la transcripción como “oneroso y obsoleto”.

De esta manera, precisado así la “gama registral”, en cuanto a los diversos enfoques que se puedan realizar, centrémonos en el sistema registral constitutivo de la propiedad inmueble.

3.2.3.1 Sistema Alemán de Transferencia de la Propiedad Inmueble

La organización completa del sistema alemán de transferencia de la propiedad inmueble, sustentado en el Código Civil de 1900 y en su ley registral, la Ordenanza del Registro Inmobiliario de 1935, gira en torno a dos instituciones fundamentales: el Catastro y el Registro Territorial. El primero de ellas, representa el aspecto físico de la propiedad. En palabras de Roca Sastre (46) viene a ser casi un registro, o mejor aún, “un censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan las fincas rústicas o urbanas del mismo, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, con un fin primordial de tipo fiscal o tributario y fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil...”. El segundo de los nombrados representa en cambio el aspecto jurídico de la propiedad.

Toda la legislación predial alemana exige pues—dadas las peculiares características del sistema alemán— una absoluta correlación entre el Registro o “Grundbuch” y el Catastro o “Furbuch”, que a diferencia del primero se encuentra a cargo de la administración.

El “Furbuch”, que es en realidad un libro en donde consta el catastro general de todo el país, permite independizar el catastro para cada bien inmueble detallándose con precisión la ubicación, medidas, linderos, naturaleza, avalúo y cabida del bien, así como toda alteración de tipo físico que se realice en el inmueble. Esta perfecta individualización material de cada inmueble, por pequeño que sea, permite que el registro actúe

en su función constitutiva de derechos en forma casi perfecta. Al respecto, señala Pardo Márquez (47): “... El Grundbuch, es el libro en el que se hace constar el aspecto legal del inmueble, corre a cargo de un funcionario judicial, que autentica o legitima los contratos, que, sobre transferencia de las fincas inmuebles o constitución de derechos reales sobre estas, se llevan a cabo para los efectos de la inscripción. En el Grundbuch, se dedica una hoja para cada inmueble (48), entendiéndose como primer asiento, los datos que le proporcionan el “Furbuch” (Catastro), libro a cargo de la administración pública, observándose entre ambos libros (el Furbuch y el Grundbuch) una perfecta relación. Del mismo modo, el Furbuch se trasladan algunos datos importantes que contiene el Grundbuch. En uno y otro se designan, el número de orden que al inmueble corresponde (lo que permite una rápida ubicación) en el libro respectivo. El Grundbuch es el libro del registro por excelencia, que contiene según Estivani, “la representación o fotografía del suelo”, revelando la realidad física y jurídica de la propiedad del inmueble (...)”.

En este registro, pues, es que opera la transferencia de la propiedad. En general, el Código Civil Alemán exige para la transmisión de la propiedad de las bienes muebles el consentimiento y la tradición, mientras que en materia inmobiliaria requiere del consentimiento seguido de la inscripción, para que exista transferencia de la propiedad.

Respecto a este último—que a fin de cuentas es lo ubicable dentro de lo que es materia de análisis del presente trabajo— prescribe el artículo 873 del BGB (Parte): “... Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte, sobre la producción de la modificación jurídica, y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa (...)” (49).

Al respecto señala Melón Infante, que el código emplea en el texto la voz “Ermigung”, que significa acuerdo de carácter abstracto, mientras que la voz “Rechtsänderung” alude a la

Citas:

la tradición de los inmuebles con la inscripción del título en el registro, sino que se reputa realizada la tradición por medio de otorgamiento de instrumento público. Para efectos contra terceros debe inscribirse el título en el registro.

—Art. 758-cc. Uruguayo de 1859: “... La tradición o entrega es la transferencia que hace una persona a otra, de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferirle el dominio de ella...”.

(41) Aunque no necesariamente. La doctrina argentina, por ejemplo, es unánime al reconocer que las leyes Nos. 17711 y 17801 no introducen el principio de la fe pública registral en el sistema registral argentino, que es declarativo de derechos.

(42) ARSAN DE DIAZ DE VIVAR, Bechtz. Ob. Cit. Pág. 104.

(43) ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil” Tomo II, Vol. II. “Derecho de Bienes” Editorial Iru. Barcelona - España 1977. Pág. 396.

(44) THOMAS, Raymond en nombre de la delegación francesa al IV Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima-Perú, 1962. “La Sécurité Juridique du Contrat”, Pág. 294.

(45) ARSAN DE DIAZ DE VIVAR, Bechtz. Ob. Cit. Pág. 104.

(46) ROCA SASTRE. Citedo en ARSAN DE DIAZ DE VIVAR, Bechtz. Ob. Cit. Págs. 172-173.

(47) PARDO MÁRQUEZ, Bernardo. “Derecho Registral Inmobiliario en el Perú”. Lit. Huacastán. Lima 1966. Pág. 190.

(48) En rigor, cada inmueble tiene en el registro una hoja especial, en donde se consignó la historia jurídica del mismo, compuesto además de las secciones. En la primera se consignó el nombre y apellido del propietario, fecha de la adquisición (“Institución” e inscripción), parcelas agregadas y, en general, todo lo relativo al origen de su derecho de propiedad, y en la segunda se inscriben los asientos de los cargos y gravámenes perpetuos, tales como las servidumbres positivas y otros derechos que limitan el dominio, en la tercera sección se inscriben los asientos de los gravámenes temporales, tales como las hipotecas y deudas territoriales.

Sin embargo—y como ya hemos señalado, este sistema de “folio real” en Alemania permite por excepción “folios personales” en donde se agrupa en un solo folio diversos fincos, siempre que pertenecan al mismo propietario y se hallen ubicados en la misma jurisdicción territorial y si ello no origina peligro de confusión.

Al respecto ver Pardo Márquez. Ob. Cit. Págs. 190-191. Asíén de Díaz de Vivar. Ob. Cit. Págs. 105 y 109; Cárdenas Quiro, Carlos “Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú: su Importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles”, Lima, 1964. Artículo publicado en Revista de Derecho Thema”, Segundo Epoca. Año 1. Nº 1. Pp. 3.

Arthur “Tratado de Derecho Hipotecario Alemán. Imp. Helénica. Madrid 1929. Págs. 11 y sigtes.

(49) Código Civil Alemán (BGB). Traducción del Alemán al Castellano con notas aclaratorias por Carlos Melón Infante. Editorial Bosch, Barcelona, 1960.

transmisión de la propiedad, la constitución de un gravamen o cualquier otra modificación de necesidad jurídica. Esto determina —prosigue el citado autor— que junto al acuerdo ("Einigung"), sea necesaria de otro elemento necesario y suficiente para que tenga lugar la transmisión de propiedad o modificación jurídica ("Rechtsänderung"): ello es la "Eintragung in das Grundbuch" o inscripción en el Registro.

De esta manera, lo fundamental en el sistema germánico y lo que constituyó su principal aporte, fue el nuevo horizonte que le dio a la institución del registro, o quien pasó a regular como constitutivo en la transferencia de la propiedad inmueble y no meramente declarativo o informativo frente a terceros como lo concibió el sistema francés.

Pero como estamos afirmando, no prescindió del "acuerdo de voluntades" como elemento básico en la transferencia, sino que constituyó toda una teoría en torno a él, que es hoy comúnmente conocida como "Teoría del Acto Abstracto". Conforme a esta tesis, para realizar una transmisión de dominio sobre un inmueble, es requisito indispensable que medie con anterioridad a la inscripción en el registro un acuerdo entre el titular del derecho que se transmite y el adquirente. Este acuerdo, al que se le llama "principio material del consentimiento" no implica que los derechos inscritos se expediten a la validez de los actos jurídicos y contratos de los que provienen, sino que es necesario "abstraer este acuerdo" de tal manera que sea independiente de los vicios y nulidades de que pudiera adolecer el acto causado. Ello significa, que se pretende tomar "el acuerdo puro", y ello se logra a través de la "investidura" o "Auflassung" y en virtud del cual sólo puede transmitirse un derecho mediante acuerdo formalizado ante el Registro. Así brota del citado artículo 873, en su segunda parte: "...Antes de la inscripción, los interesados sólo están vinculados al acuerdo, si los declaraciones se han documentado judicial o notarialmente o se han emitido ante la Oficina del Registro (...)"

Todo esto determina, pues, que el Código Alemán establezca que la propiedad inmueble se transmite por efecto del consentimiento unido a la inscripción en el registro; pero no se trata de un "consentimiento simple", sino de toda una "investidura de poder ante el registro".

Por ello, Nussbaum (50) indica que para traspasar la propiedad de un inmueble basta que se efectúe en debida forma la investidura —consistiendo ésta en el acuerdo formalizado ante el Registro— seguido de la inscripción.

Repárese entonces que la propiedad no se transmite antes de la inscripción de la misma en el Registro. La "investidura" sólo otorga un derecho personal al adquirente, pero mucho más fuerte que el que brota del simple contrato. En este sentido, bien apunta Cárdenas Guirós (51): "... En este sistema, cuando una persona desea vender el predio de su propiedad, debe concurrir con el futuro adquirente ante el registrador. En presencia de éste, el enajenante declara su voluntad de transferir la propiedad y el comprador de adquirirla, lo que se hace constar en acta. No basta siquiera el contrato celebrado entre las partes, que sólo otorga un derecho de carácter personal al adquirente para obligar al enajenante a que acuda al Registro que es de carácter real a fin de que se materialice la desapropiación del bien.

A partir de la inscripción, el título de adquisición de la propiedad es irrevocable; si ocurriese que la inscripción perjudicase los derechos de alguno, el Estado o el culpable, si lo hubiera, indemnizará al perjudicado (...)"

Por esta razón hay quienes han pretendido reformular la noción del "ius ad rem", ubicándola como un tipo intermedio entre la "obligatio" y el "ius in rem" (52).

Tradicionalmente, se ha considerado al "ius ad rem" como un derecho de crédito. A lo más Felthmann (53) distinguió la "obligatio" del "ius ad rem", pero no en el sentido de considerarlo como un término intermedio entre el primero y el "ius in rem", sino como parte del "efecto personal" del contrato. Así, la "obligatio" vendría a ser la causa, referido a la persona del deudor y el "ius ad rem" el efecto referido a la persona del acreedor, ambos conceptos diferentes al "ius in rem", que sólo correspondería al adquirente cuando se transformaba en propietario con el cumplimiento del modo respectivo.

En el derecho alemán, si el modo sólo se considera cumplido con la inscripción del "acuerdo" de transferencia en el Registro, es obvio que sólo en ese instante se adquirirá el "ius in rem". Sin embargo, entre el contrato privado (la "obligatio") y la investidura ("ius ad rem") se dan diferencias, directamente circunscritas al hecho de "aproximarse aún más" a la consecución del derecho real. Por esta razón, autores como Zebarth (54), han preferido hablar de "un derecho real relativo" sobre la cosa, aunque los tratadistas posteriores a él han preferido hablar de "un derecho personal provisto de ciertas cualidades que lo aproximan al derecho real". De hecho, y como prefería llamárselo, es cierto que la "investidura" que prevé y exige el Cc Alemán se ubica dentro de esta última afirmación y, en cierta manera, ha sido la opinión predominante en Alemania, al menos durante el Siglo XIX (55).

Por lo pronto y en palabras de Noailles (56), el sistema alemán de transferencia de la propiedad inmueble queda caracterizado porque ofrece:

- registros reales, que individualizan perfecta y exactamente al inmueble; permitiéndose sólo por excepción registros personales.
- obtención de un título perfecto y saneado, en virtud de la teoría del "acto abstracto" y la inscripción obligatoria.
- la determinación del orden de preferencia de los derechos constituidos sobre un mismo inmueble en virtud del orden en la inscripción.
- amplia publicidad, pues se permite la lectura de los libros territoriales por todo el que tenga un interés legítimo en ello (57).

Citas:

(50) Nussbaum, Arthur, Ob. Cit. Pág. 26.

(51) Cárdenas Guirós, Carlos, Ob. Cit. Pág. 36.

(52) OSSORO Y GALLARDO, Angel, "El Contrato de Quación", Editorial Uteha—Argentina, Buenos Aires, 1934, Págs. 137—142. Este autor, con el fin de coligar al contrato de opción, realiza una interesante clasificación acerca de los términos "ius ad rem" y "ius in rem", tomando posición en el sentido referido en el párrafo, siguiendo a su vez a José María Fonciola, a quien cita, quien consideraba que el "ius ad rem" era más fuerte que el simple derecho de obligación y por ello, como distinto del "ius personalis" y del "ius reale", es "el derecho del adquirente de una cosa cierta" que aún no es propietario.

(53) FELTHMANN, En Ossoro y Gallardo, Angel, Ob. Cit. Pág. 136.

(54) ZEBARTH, en Ossoro y Gallardo, Angel, Ob. Cit. Pág. 139.

(55) En virtud de la Ley Prusiana de 1872 que ya consagró el principio de la "investidura".

(56) NOAILLES, Luis Valente, "Derechos Reales", Boque de Palma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1958, Pág. 530.

(57) Puede consultarse el Registro o su Archivo todo el que demuestre hallarse asistido de un legítimo interés exhibiendo, por ejemplo,

- la inscripción es constitutiva de la propiedad, adquiriéndose a partir de la realización de este hecho el dominio con carácter irrevocable.
- indemnización por el Estado al dueño despojado, pero no acción reivindicatoria contra el tercer adquirente.

3.2.3.2 Sistema Torrens de Transferencia de la Propiedad Inmueble

A diferencia del sistema alemán, por mucho tiempo se ha hablado del sistema Torrens o australiano de transferencia de la propiedad, llamado de tal manera en homenaje a "Sir Robert Torrens, diputado australiano que lo ideó y logró su consagración al imponerla por la Real Property Act, Ley del 27 de Enero de 1858, modificada en 1861 (58)".

Sin embargo, en nuestra primera afirmación hay dos conceptos que corren el riesgo de ser falaces sino los aclaramos debidamente:

El primero de ellos es que, en puridad de conceptos, el sistema Torrens "no es un sistema de transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios, sino un sistema registral. La transmisión y constitución de tales derechos se opera a través de negocios jurídicos a los que se integra la inscripción registral constitutiva..." (59).

Lo que es indudable, pues, es que se requiere la inscripción para que se opere la transmisión, constitución, modificación o extinción de un derecho real inmobiliario y por ello lo hemos incluido dentro de los sistemas registrales constitutivos de la propiedad, pero ello no significa que exista el sistema Torrens para ver que se opere la transferencia de la propiedad.

De suyo, es un sistema registral, y en relación a esto gira nuestro segundo concepto que debemos aclarar: no podemos equipararlo a "sistema Australiano", cuando precisamente por ser sólo un sistema registral, no es el único existente en Australia. Al respecto, bien señala Felipe Clemente de Diego (60): "...En Australia, la inscripción de los actos relativos a inmuebles inmatriculados, es obligatorio en el sentido que sólo ella da validez y crea la relación jurídica real inmobiliaria. Pero la inmatriculación en sí misma no es obligatoria; el propietario puede, si lo desea y prefiere, dejar sus inmuebles sometidos al antiguo régimen de registro de los "deeds" de transmisión, el cual no añade nada a la validez del título, continuando al adquirente y a los terceros una seguridad ilusoria. Si por el contrario, hace ingresar la finca en el régimen del "Acta Torrens", queda ya sometida de modo definitivo a las normas y formaliza-

mos establecidas por ésta, de donde se sigue que coexiste un doble régimen hipotecario: según que las fincas hayan sido o no incorporadas al registro y que esta incorporación depende de la libre decisión de su propietario (...)".

Todo esto significa que hay en Australia, dos sistemas de vigencia coetánea:

- a) El primero de ellos denominado de "general law", que opera en todos los casos que el objeto del derecho real transmitido o constituido es un inmueble no incorporado al sistema Torrens. Respecto a él rigen los mismos principios y normas jurídicas del "Common Law" inglés y en donde podemos diferenciar dos etapas negociables: el "contract" (negocio jurídico causal) y el "deed" (negocio jurídico de enajenación). A estas dos etapas negociables, sigue la inscripción del título en un registro inmobiliario, de efectos declarativos y no convalidantes.
- b) El sistema Torrens, que sí se concibe como un registro constitutivo y convalidante (61).

Dentro de este sistema, se busca proteger las transmisiones hechas por particulares tanto como las provenientes del Estado. Por ello, se crea la ficción de que los inmuebles al venderse, refeman al dominio del Estado, y éste es quien los transfiere al comprador, libre en consecuencia de todo posible vicio, resultando un título completamente saneado. Tanto así, que puede darse el hecho que la inscripción practicada haya privado de su propiedad a un verdadero propietario, quien sólo puede solicitar la anulación de la inscripción en caso de fraude o dolo, pero nunca reivindicar: el bien si éste ha pasado a un tercero de buena fe. En este caso, sólo se tiene derecho a una indemnización que brinda el propio Estado, para lo cual en la inscripción de los títulos se cobra una pequeña cuota que integra un fondo, que sirve precisamente para cubrir los casos en que se tenga que indemnizar a alguien cuyo derecho haya sido lesionado.

En cuanto al procedimiento en sí, junto con la presentación de los títulos, se realiza la de los planos del inmueble y su respectiva descripción, lo que determina que un sistema catastral se encuentre a su vez íntegro en este sistema Torrens, pero como bien precisa Cárdenas Quirós (62): "...empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta (...) como consecuencia de cada inscripción...".

Toda esta documentación es sometida a un estudio detallado sobre el origen del título, la legitimidad de la posesión, ubicación del inmueble, su superficie, etc., lo que de plano determina que los profesionales del derecho ("solicitors") intervengan forzosamente por disposición legal, en la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios.

Luego, se procede a la mensura del terreno por peritos y se notifica a los colindantes. De encontrarse conforme la posibilidad de realizarla inscripción se realizan publicaciones en periódicos y no habiendo opositores se procede a la inscripción del nuevo título, entregándose copia autenticada al propietario, quedando otro certificado en el Registro.

Citas:

- poderefecto, del dueño de la finca o de un acreedor hipotecario. Sin embargo, en virtud de una reserva formulada por el artículo 93 de la Ley Registral, en Baden, Hessen, Hamburgo y Lubeck, cualquiera interesado o no, puede consultar libremente el registro y los documentos correspondientes, así como las solicitudes de inscripción aún no despatchadas (...). En Nassbaum, Arthur. *Op. Cit.* Págs. 15-16.
- (58) NARBLES, Luis Valente. *Op. Cit.* Pág. 531.
- (59) MIRANDA, Marcelo. "Transmisión y Constitución de Derechos Inmobiliarios en Australia". En ponencia de la Delegación Argentina ante el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino", Lima-Perú, 1982. Págs. 373 sghes.
- (60) DE DIEGO, Felipe Clemente. *Op. Cit.* Tomo I. Pág. 645.
- (61) MIRANDA, Marcelo. *Op. Cit.* Pág. 378-379.
- (62) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 39.

Ahora, hay quienes han interpretado mal la existencia de este certificado de título, que no es un título valor que se pueda simplemente endosar, transmitiéndose con ello la propiedad. Al respecto, indicó Miranda (63) que: "...la rogación de inscripción debe hacerse acompañando no sólo el duplicado del certificado de título, sino también el instrumento que documenta el negocio jurídico de enajenación que queda archivado en el registro, restituyéndose al adquirente el duplicado del certificado con mención del número del archivo de ese negocio jurídico determinante de la mutación jurídico-real...".

Para el mismo autor, sin embargo, esa ficción de reversión del dominio al Estado, para que éste a su vez entregue un título completamente saneado al adquirente, pertenece al "mundo de la fantasía jurídica". Lo

que en realidad sucede, indica, es que "la inscripción registral determina —bajo el sistema Torrens— una serie de efectos jurídicos sobre la base de presunciones de validez, exactitud e integridad del asiento registral y posesión por parte del titular registral, con lo que se pretende brindar seguridad jurídica a éste y a terceros.

Sin embargo, esta seguridad jurídica existe con tantas limitaciones y resultados injustos como en otros sistemas registrales, pues no existe un amparo absoluto que confiera seguridad tanto dinámica como estática, sino que siempre se produce el sacrificio de una en beneficio de la otra...".

Citas: (63) MIRANDA, Marcelo, Ob.Cit. Pág. 421.

